



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR  
Facultad de Ciencias Jurídicas

*Alas de Hércules enseñando Derecho*

1957 - 2010

## **DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

### ***TESIS DOCTORAL***

**Potestades provinciales de legislación procesal penal.  
Derivaciones del esquema federal argentino en la  
estructuración del sistema penal**

USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

*Director de Tesis:* Prof. Dr. Dr. h. c. Edgardo Alberto DONNA

*Doctorando:* Gabriel GONZÁLEZ Da SILVA

Buenos Aires, julio de 2010

Buenos Aires, 16 de julio de 2010.

Al Señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
de la Universidad del Salvador  
Dr. Práxedes M. Sagasta.  
S/D.

Tengo el agrado de dirigirme al Sr. Decano en mi carácter de Director de Tesis Doctoral del doctorando Gabriel González Da Silva, a fin de elevarle la Tesis elaborada por el nombrado para obtener el grado académico de Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales en esa Alta Casa de estudios y que se centra en los poderes provinciales de legislación procesal penal.

Al respecto, habiendo considerado pertinente y relevante el tema de tesis propuesto por el doctorando González Da Silva, oportunamente hube de asumir las funciones de su dirección, siendo que en esta oportunidad vengo a informar al Sr. Decano que el mismo se encuentra en condiciones suficientes para ser defendido públicamente ante el tribunal de tesis que se conforme al efecto.

Sobre los aspectos formales de la investigación científico-humanística desarrollada y los aspectos novedosos que ésta viene a introducir en el ámbito académico, debo destacar que la misma aborda en profundidad una cuestión con aristas interdisciplinarias entre el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho procesal penal, cuales son las facultades provinciales en la conformación de las leyes procesales penales aplicables en las respectivas jurisdicciones locales que componen la Nación Argentina.

Esta verdadera problemática derivada del particular esquema federal argentino, que le ha asignado al Congreso Nacional la potestad de dictar el Código Penal de la Nación (art. 75, inc. 12 CN), pero al mismo tiempo ha reservado en cabeza de los estados locales los poderes esenciales para regular el proceso penal, usualmente es analizada de manera parcial por constitucionalistas, penalistas y procesalistas, ya sea, evaluando de manera general las potestades delegadas y reservadas por las provincias, o bien, abordando la competencia para pronunciarse sobre temas puntuales del derecho penal o procesal penal.

En la tesis del doctorando González Da Silva el problema está examinado desde el prisma del Sistema de Justicia Penal constitucional, esto es, teniendo en

cuenta los imperativos que fija la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos con igual jerarquía, entre ellos, la distribución de potestades legislativas que en aquélla se dispone, pero valorando problemas propios de tal reparto, especialmente en el ámbito del derecho procesal penal, sin descuidar su intrínseca vinculación con el derecho penal.

El análisis se divide en tres partes, además de una sección introductoria en donde se especifica el problema a desarrollar (la regulación de la ley procesal según el esquema federal argentino); la delimitación de la investigación (con las hipótesis generales y específicas que se pretenden demostrar); el marco general abarcado; y el plan de trabajo y la metodología utilizada al efecto.

En la Primera Parte, a partir de un análisis estrictamente dogmático, aunque dejando en claro la postura personal del doctorando, se desarrollan las características esenciales del derecho penal material y el derecho procesal penal en el Estado constitucional de Derecho, aplicables al Sistema de Justicia Penal tanto federal como provincial.

En la Segunda Parte -medular en la investigación- se formula un desarrollo de las particularidades propias del esquema federal asumido en la Constitución y de su devenir histórico-político. Tomando como marco de referencia el proceso de capitalización de la ciudad de Buenos Aires, se analiza la evolución que tuviera el derecho penal y el derecho procesal penal desde la época de la Revolución de Mayo, pasando por la puesta en vigencia del Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación de 1888, hasta la sanción del Código Penal en 1921.

A partir de esta reseña, la investigación devela las razones histórico-políticas que llevaron a regular en el Código Penal ciertos temas que para un sector de la doctrina son de estricta naturaleza procesal y por ende de competencia de las provincias (v. gr., el ejercicio de la acción penal). Luego, el doctorando analiza cada uno de los argumentos que, según la doctrina penal actual, habilitarían tales excepciones permitiendo que el legislador nacional reglamente ciertas cuestiones procesales.

Entre tales argumentos el doctorando se centra particularmente en aquél que considera que la facultad de regular total o parcialmente el proceso penal fue delegada al Congreso Nacional a partir del mandato constitucional de establecimiento del juicio por jurados. En la investigación se arriba a la conclusión de que la habilitación del Congreso lo es exclusivamente a nivel de su jurisdicción nacional, a partir del análisis que formula sobre este punto, de lo debatido en las Convenciones Constituyentes de 1853 y de 1860 y, luego, de un

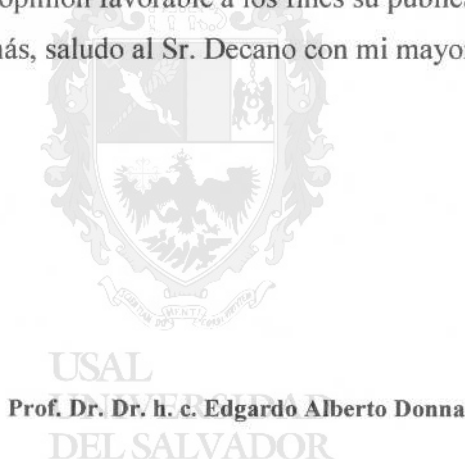
sustancioso debate parlamentario que entre los años 1870 y 1871 tuviera lugar en el Congreso Nacional, intentando implementar el juicio por jurados a nivel federal.

En la confrontación de las aludidas excepciones al reparto constitucional de competencias (que son negadas en la investigación), y fundamentalmente en la Tercera Parte, se analiza la incidencia que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reviste en la actualidad, tanto sobre la legislación federal, como en la provincial, destacándose sus aspectos positivos y negativos y evaluando la obligatoriedad de los pronunciamientos en el ámbito interno.

En definitiva, se concluye que el vigente esquema federal constitucional resulta adecuado y que a partir de este también es viable concretar un derecho penal y un derecho procesal penal respetuoso del Estado constitucional de Derecho y, en este sentido de la libertad y dignidad humanas.

Por las razones expuestas elevo la Tesis del doctorando Gabriel González Da Silva, con mi opinión favorable a los fines su pública defensa.

Sin más, saludo al Sr. Decano con mi mayor consideración.





## ÍNDICE GENERAL

### SECCIÓN INTRODUCTORIA

1. El problema: La regulación de la ley procesal penal según el esquema federal argentino.....	13
2. Delimitación de la investigación.....	21
a) Hipótesis general de la tesis.....	21
b) Hipótesis específicas.....	22
c) Marco legal abarcado, espacio geográfico y temporal y temas excluidos.....	24
3. Plan de trabajo y metodología a utilizar.....	26

### PRIMERA PARTE

#### El derecho penal y el derecho procesal penal en el Estado constitucional de Derecho

### CAPÍTULO I

#### Aspectos generales del derecho penal material

1. El concepto y la función del derecho penal.....	29
2. La protección de los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano.....	33
3. El producto del derecho penal y la función represiva del Estado.....	38
4. El derecho penal material.....	43
a) Derecho penal subjetivo y objetivo.....	43
b) Derecho penal material y derecho penal formal o procesal penal.....	45
c) La bipartición de las infracciones penales.....	47
I. Crímenes y delitos.....	48
II. Delitos constitucionalizados, delitos convencionalizados y delitos políticos.....	61
III. Delitos de lesa humanidad y demás crímenes contra la humanidad.....	68
IV. Las contravenciones.....	70
d) Aplicación de las partes General y Especial del derecho penal material.....	73

## CAPÍTULO II

### El derecho penal material y su interrelación con la manda constitucional

1. El derecho penal y los principios de legalidad, reserva y culpabilidad.....	78
2. Las fuentes del derecho penal material.....	85
3. El ámbito de validez del derecho penal material.....	87
4. El derecho penal material (y el derecho penal del enemigo) en el Estado constitucional de Derecho.....	96
a) Introducción al tema .....	96
b) Otras relaciones entre el derecho penal material y la Constitución: las prohibiciones de exceso e insuficiencia.....	104
c) El derecho penal de los derechos humanos.....	108
d) La víctima de delito en el Estado constitucional de Derecho.....	116
e) La víctima de delito y la función del derecho penal material.....	129

## CAPÍTULO III

### El derecho procesal penal en el Estado constitucional de Derecho

1. El concepto y la función del derecho procesal penal.....	136
2. La interdisciplinariedad del derecho penal material y el derecho procesal penal y la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana.....	141
3. La distinción entre el derecho penal material y el derecho procesal penal y su trascendencia en la distribución de potestades legislativas en la Argentina.....	146
a) Singularidad del derecho procesal penal.....	144
b) Las fuentes del derecho procesal penal. El derecho procesal penal y el principio de legalidad del artículo 18, Constitución nacional.....	150
c) La norma procesal penal y el problema de las zonas grises o fronterizas.....	156
d) El proceso penal en el Estado de Derecho.....	163
e) La verdad en el proceso penal.....	167
f) ¿Derecho a conocer y a lograr la obtención de la verdad?: criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	172

g) La búsqueda de la verdad en el marco del Estado de Derecho garantista y eficiente.....	180
4. El sistema de justicia penal según la Constitución nacional.....	183
5. La distribución del derecho penal material y el derecho procesal penal en dos fuentes legislativas distintas y su incidencia en la política criminal estatal.....	189

## **SEGUNDA PARTE**

### **La conformación del derecho procesal penal según el esquema constitucional federal argentino**

#### **CAPÍTULO I**

##### **Las facultades reservadas de las provincias para regular la ley procesal penal local**

1. Las fuentes de producción legal según la estructura constitucional federal argentina y la distinción entre el derecho penal y el derecho procesal penal: idea general del problema.....	194
2. Desarrollo general de la hipótesis motivo de esta investigación.....	200
3. Síntesis de los argumentos que constituyen el marco probatorio general para las hipótesis (generales y específicas) planteadas en esta investigación.....	206

#### **CAPÍTULO II**

##### **El esquema del Estado federal argentino y sus orígenes.**

##### **Derivaciones en el desarrollo del derecho penal y procesal penal**

1. El Estado federal.....	225
2. Las provincias y el núcleo federativo de mandas constitucionales.....	228
3. Los municipios.....	236
4. La Ciudad (Autónoma) de Buenos Aires: Capital Federal de la Nación y ente federado.....	238
a) La Ciudad de Buenos Aires, “cuasi provincia” o ente federado de la Nación Argentina .....	239

b) Breve génesis histórica de la designación de la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal de la República. Derivaciones respecto de la política organizacional argentina y del derecho penal y procesal penal.....	243
I. Etapa revolucionaria y de pre-organización nacional.....	248
II. El derecho penal (indiano y patrio) pre-codificado.....	259
c) Etapa de organización nacional: secesión de Buenos Aires de la “Confederación” y posterior anexión a la “Nación Argentina”. Primeros esbozos de codificación penal....	263
I. La legislación general.....	275
II. La ley federal 49 sobre los “Delitos que competen a los Tribunales Nacionales”.....	276
III. El Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor de 1866/1868.....	277
d) Etapa de federalización definitiva de Buenos Aires: sanción de los Códigos Penales de 1886 y 1921.....	283
I. El Proyecto Villegas, Ugarriza, García de 1881.....	288
II. El Código Penal de 1886.....	290
III. El Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891.....	293
IV. La reforma de 1903.....	296
V. El Proyecto de Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero, Saavedra y Ramos Mejía de 1906.....	297
VI. El Código Penal de 1921 (Proyecto de 1917).....	302
e) El Código Penal de 1921, último símbolo de la centralización del Gobierno Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República. El rol de Rodolfo Rivarola.....	306
5. El esquema federativo argentino y su fuente norteamericana. Hipótesis de disolución del Estado nacional o de remisión al estado político-soberano previo a la federación (1853/1860): las provincias recuperarían la potestad de legislar el derecho penal material.....	317
a) Repercusiones del avance del modelo centralista sobre las provincias. La responsabilidad en ese proceso de Rodolfo Rivarola.....	317
b) La responsabilidad concurrente de las provincias.....	320
c) Centralización, activismo provincial y derecho procesal penal.....	321
d) ¿Pueden (y deben) las provincias cederle al poder central la potestad para dictar el derecho procesal penal? ¿O en verdad correspondería que estas recuperasen el poder de legislar (todo) el derecho penal?.....	322

e) El modelo del esquema federal adoptado por la Constitución.....	325
I. El federalismo norteamericano en la Convención Nacional Constituyente de 1853.....	327
II. El federalismo norteamericano en la Convención Nacional Constituyente de 1860: el modelo impuesto por Buenos Aires.....	328
III. Teorías sobre el federalismo argentino.....	330
IV. Balance.....	339

### **CAPÍTULO III**

#### **El esquema constitucional argentino y su distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales**

1. Principios sobre los que se basa el constitucionalismo.....	341
2. El bloque de constitucionalidad federal.....	343
a) Caracteres generales.....	343
b) El bloque de constitucionalidad federal y su relación con el artículo 31 de la Constitución.....	353
3. Las “leyes inferiores”.....	358
a) Leyes federales.....	359
b) Leyes de derecho común dictadas por el Congreso Nacional.....	360
c) La “federalización” del derecho común.....	361
d) Leyes locales dictadas por el Congreso Nacional.....	363
4. Leyes locales provinciales.....	367
5. Alcances del derecho público provincial.....	369
a) Derecho público provincial y derecho procesal penal.....	375
b) El derecho público provincial y su injerencia en el “sistema de justicia penal”.....	378
6. Nota final sobre el derecho penal material: en conclusión ¿quién dicta la ley penal? Los casos específicos de las contravenciones y las faltas y de los “delitos de imprenta”.....	382
a) Los delitos.....	383
b) Las contravenciones y las faltas.....	384
c) Los “delitos de imprenta”.....	388
7. Breve referencia sobre la distribución constitucional de competencias jurisdiccionales.....	396
a) Jurisdicción y competencia: regla general.....	396
b) El caso “especial” de los tribunales federales.....	398

- c) Otros antecedentes relevantes sobre la jurisdicción nacional: las leyes 27; 48 y 50.....399
- d) El problema de los tribunales penales nacionales con jurisdicción en la Capital Federal (Ciudad de Buenos Aires) y de los tribunales penales, contravencionales y de faltas con jurisdicción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....407

## **CAPÍTULO IV**

### **La potestad específica para dictar la ley procesal penal a partir de la organización constitucional argentina**

1. El derecho procesal penal argentino y la organización judicial con anterioridad a la organización constitucional de 1853/1860: competencia de los estados locales.....409
2. Competencias reservadas provinciales para legislar en materia procesal a partir de la organización nacional. Las Convenciones Nacionales Constituyentes de 1853 y 1860.....413
  - a) Incidencia del pensamiento alberdiano.....413
  - b) El debate en el Congreso General Constituyente de 1853.....417
  - c) Modificaciones propuestas por la Convención del Estado de Buenos Aires concretadas en la Convención Nacional reformadora “ad hoc” de 1860.....420
3. Criterios de interpretación tradicionales sobre la competencia para legislar en materia procesal a partir del texto constitucional histórico de 1853/1860.....423
  - a) Aproximación al tema.....423
  - b) Criterio tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la competencia para legislar en materia procesal.....426
4. Las reformas constitucionales que sucedieron a la Constitución histórica de 1853/1860 y las propuestas históricas de unificación en materia procesal penal.....427
5. Ratificación de las potestades provinciales reservadas para legislar en materia procesal penal en la reforma constitucional de 1994: el fortalecimiento del esquema federal argentino.....437

## **CAPÍTULO V**

### **La garantía constitucional de juzgamiento por jurados como argumento para sustraer la competencia provincial de legislación procesal penal**

1. Criterios actuales que rechazan o relativizan la potestad provincial para legislar en materia procesal.....442

2. Criterio que justifica la potestad del gobierno federal para legislar en materia procesal penal a partir del mandato constitucional de establecimiento del juicio por jurados.....	445
a) Influjo de las ideas del convencional Gorostiaga.....	447
I. Previsión del jurado en proyectos constitucionales anteriores a 1853.....	451
II. Proyección de la Constitución norteamericana.....	456
III. El debate parlamentario de la ley nacional 483 de 1871 que encomendara conformar una comisión para proyectar la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento criminal en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal.....	458
1) Proyecto de los diputados Rawson-Ocantos presentado en la 5ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación del 1º de junio de 1870.....	459
2) Proyecto de los senadores Aráoz-Oroño en la 4ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 2 de junio de 1870.....	461
3) 14ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 28 de junio de 1870.....	463
4) 15ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 30 de junio de 1870.....	470
5) 49ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación del 9 de septiembre de 1870.....	479
6) 48ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 22 de septiembre de 1870.....	481
7) 12ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados de la Nación del 31 de julio de 1871.....	488
8) 35ª sesión ordinaria del Senado de la Nación del 30 de septiembre de 1871.....	489
b) El producto de la ley 483 promulgada por el presidente Sarmiento: proyecto de ley estableciendo el juicio por jurados en los negocios criminales que conoce la justicia nacional de González y de la Plaza.....	489
c) Exégesis de la Corte Suprema del alcance de la ley 483.....	483
d) El Proyecto de ley de juicio por jurados (exclusivamente) para la capital de la República de José Domínguez.....	495
e) El Código Procedimientos en Materia Penal de la Nación de Manuel Obarrio de 1888: el modelo anti-juradista.....	498
f) La tesis de Osorio sobre la no implementación del juicio por jurados en el siglo XIX: Gran Bretaña “tuvo la culpa”.....	501
g) Las publicaciones científicas sobre el jurado próximas a la sanción de la Constitución histórica y sus consideraciones sobre la competencia provincial o nacional para regularlo.....	502



h) Criterio contemporáneo intermedio sobre la competencia para regular el jurado.....	507
i) Criterio que sostiene la competencia nacional para regular el jurado pero considera programáticas las mandas constitucionales que a él se refieren.....	508
j) Criterio que sostiene la <i>desuetudo</i> de las mandas constitucionales sobre el jurado.....	510
k) Últimas propuestas legislativas.....	511
l) Toma de posición.....	514

## CAPÍTULO VI

### El principio de igualdad como argumento para justificar la constitucionalidad de las disposiciones procesales en el Código Penal de la Nación

I. Normas procesales contenidas en el Código Penal de la Nación.....	517
a) Alcances de la igualdad jurídica.....	520
b) La igualdad jurídica la garantiza la Corte federal a través del recurso extraordinario...523	
I. El recurso extraordinario federal como garantía de la supremacía de las instituciones, normas y actos federales.....	526
II. El recurso extraordinario federal como medio para asegurar el imperio de la Constitución nacional –y de los derechos humanos– sobre autoridades federales y provinciales.....	527
III. El recurso extraordinario federal como medio para realizar la casación en el derecho Federal.....	529
IV. El recurso extraordinario federal como medio para asegurar la casación general o como recurso de justicia y equidad.....	531
V. ¿Necesita la Corte Suprema, para intervenir a través del recurso extraordinario de una ley nacional, que se le indiquen cuáles son las garantías (constitucionales) mínimas en la procuración y administración de justicia penal en la Argentina?.....	533
c) La intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como reaseguro de la garantía de igualdad.....	535
d) La tutela de la igualdad no justifica imponer excepciones al reparto constitucional de competencias.....	541



## CAPÍTULO VII

### Régimen de la acción penal: ¿reglamentación a cargo de la Nación o de las provincias?

1. Criterio que deduce la potestad del Gobierno federal para dictar disposiciones procesales por regular las condiciones del ejercicio de la persecución penal en el Código Penal.....	546
2. La naturaleza jurídica de la acción penal y sus implicancias a partir de la distribución de competencias legislativas.....	548
a) La acción penal en el ordenamiento legal argentino.....	551
b) Criterio sustancialista de la acción penal: la potestad para regularla es del Congreso de la Nación.....	557
c) Criterio procesalista nacionalista de la acción penal: postura procesalista que lo mismo le reconoce al Congreso Nacional potestad para regularla.....	560
d) Criterio procesalista provincialista de la acción penal: postura procesalista que le reconoce a las provincias potestad para regularla.....	562
3. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	566
4. La cuestión regulada en el Código Procesal Penal de la Nación. Teoría de la “irrelevancia de los libros”.....	571
5. Las razones histórico-políticas que llevaron a que el régimen de la acción penal quedara reglamentado en el Código Penal de la Nación.....	576
a) Antecedentes que derivan del “Curso de derecho criminal” de Carlos Tejedor (1860) y de su Proyecto de Código Penal (1866/1868).....	579
b) Antecedentes que derivan del Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891.....	581
I. Sobre las explicaciones dadas para regular el “Ejercicio de las acciones penales” (Título VIII del Libro Primero del “Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo”).....	584
II. Sobre las explicaciones dadas para regular la “extinción de las acciones y las penas” (Título IX del Libro Primero del “Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo”).....	586
c) Antecedentes que derivan del Proyecto de Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero, Saavedra y Ramos Mejía de 1906.....	589
d) Antecedentes que derivan del Proyecto de 1917 (Código Penal de 1921).....	591
e) Último antecedente del interés: el Código de Procedimiento en los negocios criminales que pueden conocer los jueces y tribunales nacionales de González y La Plaza de 1873.....	595

6. Toma de posición: la acción penal es de naturaleza procesal y a nivel local deben regularla los propios estados locales.....596

## **TERCERA PARTE**

### **La unificación de la ley procesal penal a partir del influjo del sistema interamericano de derechos humanos**

## **CAPÍTULO I**

### **La reglamentación de las garantías procesales**

1. Las leyes reglamentarias de las garantías procesales contenidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.....604
  - a) La operatividad de los derechos y garantías.....606
  - b) Imposibilidad de justificar el incumplimiento de una norma constitucional o convencional con motivo de su “programaticidad”.....609
2. El control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio.....612
3. Competencia federal o provincial para dictar leyes reglamentarias de derechos y garantías...618
4. Las denominadas “leyes marco” sobre garantías procesales mínimas.....622
  - a) Criterio que reconoce al Código Procesal Penal como “piso de garantías” al que debe adecuarse la legislación provincial.....623
  - b) La doctrina de la Corte Suprema nacional en “Verbitsky”.....624
  - c) La doctrina de “Verbitsky” aplicada a otros derechos y garantías procesales.....630
  - d) Críticas a la estandarización del Código Procesal Penal de la Nación como marco de garantías mínimas.....633
5. Las “leyes marco” impuestas por la Nación vs. los tratados interprovinciales, como instrumentos de unificación de criterios básicos en materia procesal penal.....639
6. Examen de mandas nacionales que regulando “contenidos mínimos de garantías”, establecen pautas procesales.....648
  - a) Las leyes de “hábeas corpus” y del “2 x 1”.....648
  - b) El caso específico de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.....656

## CAPÍTULO II

### **Alcance de la potestad del Gobierno federal para suscribir instrumentos internacionales que contienen pautas de procedimiento penal**

1. Mecanismo constitucional para la suscripción de tratados internacionales.....	668
2. Los regímenes federales y los instrumentos internacionales que contienen pautas procesales.....	673
3. Consecuencias del incumplimiento de las provincias de las disposiciones procesales contenidas en un tratado internacional: responsabilidad del Estado nacional.....	679
4. La potestad del Gobierno federal de suscribir tratados internacionales no puede ir en detrimento del reparto constitucional de competencias.....	682
5. Valoración de las disposiciones y pautas procesales contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Gobierno federal.....	685
6. Soluciones a la inobservancia de las provincias de las pautas procesales contenidas en los tratados sobre derechos humanos.....	690

## CAPÍTULO III

### **Conclusiones finales**

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	707
---------------------------	-----

USAI  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

## SECCIÓN INTRODUCTORIA

### 1. El problema: La regulación de la ley procesal penal según el esquema federal argentino

La República Argentina, desde su organización política definitiva, producida entre los años 1853 y 1860, adoptó el sistema representativo y republicano para su gobierno, definiendo a su vez el régimen federal como forma de Estado. La Constitución nacional, que en su primera disposición formula estos tres principios de manera expresa, fue dictada cuando los estados locales integrantes de la República –las provincias– eran entidades políticas independientes y su Preámbulo comienza con palabras que revelan el signo de aquel origen histórico: “*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unidad nacional (...) establecemos esta Constitución*” (sin resaltar en el original).

Asumida la forma federal de Estado, el reparto constitucional de competencias determina que, sin perjuicio de las potestades delegadas para conformar y garantizar eficacia al *Estado nacional o federal*, las provincias se reservan la facultad de dictar sus propias constituciones siempre que estuvieren de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías establecidos por la Constitución nacional y que aseguren su administración de justicia, la autonomía municipal y la educación primaria (arts. 5º y 123). Pero, también aquéllas se dan sus instituciones locales para regirse por ellas (art. 122); y, más allá de otras atribuciones específicas (arts. 122, 124 y 125), *conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal* (art. 121).

El principio federativo, del que parte tanto el sistema normativo como el judicial argentino, en esencia, fue tomado del modelo de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787<sup>1</sup>, aunque signado por la legislación monárquica española, presenta diferencias sustanciales, entre las cuales aquí se impone destacar la que habilita al Congreso Nacional a “*dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados*, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las

<sup>1</sup> Conf. CSJN, *Fallos*, 311:2478 y sus citas de precedentes desde que se constituyó la Corte nacional en 1863.

cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”<sup>2</sup> (el destacado me pertenece). Sin embargo, como contrapartida y conforme ya se indicara, “las provincias se reservaron la facultad de dictar las leyes orgánicas de la magistratura judicial y las de enjuiciamiento”<sup>3</sup>.

De este modo, la potestad de juzgamiento continúa siendo materia propia del fuero provincial, como emanación de la autoridad soberana originaria de los pueblos que las componen, y sólo es restringida por razones políticas en casos excepcionales y/o, especialísimos, como medio de asegurar la unión nacional y la defensa de los intereses del Estado federal<sup>4</sup>. Entonces las provincias tienen “plena potestad para nombrar a sus jueces, para dictar sus leyes de organización tribunalicia y procesales y dar las normas de la competencia, con la sola exigencia de asegurar una recta administración de justicia, y mientras cumplan con esta prescripción, el Estado Nacional no puede inmiscuirse en sus actos”<sup>5</sup>.

En virtud de este principio dogmático, y sin perjuicio de las razones que en el plano político puedan esgrimirse para propugnar otro régimen constitucional, como observaba VÉLEZ MARICONDE “actualmente existe en Argentina una diversidad que está en el origen de nuestra organización; de modo que si el Congreso de la Nación dictó un Código Procesal Penal para la Capital Federal y los tribunales nacionales con asiento en las provincias y en los Territorios Nacionales, las provincias [y ahora también la Ciudad de Buenos Aires] hicieron otro tanto para asegurar la administración de justicia en sus respectivos territorios”<sup>6</sup>.

A partir de estas definiciones preliminares, puede considerarse que, mientras que al *Estado federal* le fue delegada la potestad de dictar el *derecho penal material*, las provincias conservan, en plenitud, la facultad de legislar el *derecho procesal penal* o *penal formal*<sup>7</sup>, de manera que tales entidades, actuando de manera asociada y apoyadas en el plexo de garantías

<sup>2</sup> Conf. la redacción actual del art., 75, inc. 12, CN. Mientras en los Estados Unidos de América sólo existen *leyes locales* y *federales*, la Constitución argentina introdujo una variante en el actual art. 75, inc.12, por el que creara una tercera categoría, las “*leyes comunes*”, que si bien son dictadas por el Congreso Nacional, resultan aplicadas por los jueces federales y nacionales, según las cosas y personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones (conf., DE LUCA, Javier A., *Libertad de prensa y delitos contra el honor*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 290 y ss.).

<sup>3</sup> Conf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., 2ª reimpr., actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, t. I, p. 188.

<sup>4</sup> El ejercicio de la función del Poder Judicial de la Nación, dotado de medios de coerción para hacer cumplir las leyes emanadas del Estado federal “es lo que asegura el imperio de las atribuciones del Congreso [Nacional]; en ella se apoya la existencia y funcionamiento del régimen federal de gobierno. Nacen así la Corte Suprema y los jueces federales de sección para aplicar y hacer cumplir la legislación federal en todo el territorio. En concordancia con ello, la jurisdicción federal nació privativa y excluyente” (DE LUCA, Javier A., ob. cit., p. 289).

<sup>5</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Competencia penal en la República Argentina. Doctrina. Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 39.

<sup>6</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 188.

<sup>7</sup> Ello así, a excepción de lo que refiere al procedimiento penal aplicable por la justicia nacional, cuya regulación fue atribuida al Congreso Federal, conforme lo dispuesto en los incs. 30 y 32 del art. 75 de la Constitución nacional.

sustantivas y procesales que emanan de la Constitución nacional, junto con la *ejecución penal*, conforman el *Sistema de Justicia Penal argentino*: la Nación al “(...) establece[r] los elementos de la acción punible y amenaza[r] con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho”<sup>8</sup>, y las provincias, al fijar un procedimiento regulado jurídicamente, “(...) con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de esa acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la ley prevista por la ley penal”<sup>9</sup>.

Dicho aserto, cuya inteligibilidad que en principio no ofrece mayores dificultades, sin embargo aparece puesto en crisis por algunos sectores de la doctrina que advierten que, en algunos casos, el deslinde entre la norma procesal penal y la norma penal no resulta fácil, verificándose lo que se ha dado en identificar como *zonas jurídicas grises o de penumbra*<sup>10</sup> o *fronterizas*<sup>11</sup>, porque aparentan ser intermedias o superpuestas.

Aquí es donde aflora el debate pues, mientras algunos creen encontrarle solución al problema, indicando que aquellas son *instituciones bifuncionales*, para cuya regulación convergen normas sustantivas y procesales, o que se trata de normas penales, evidentemente sustantivas pero con eficacia procesal de un modo directo<sup>12</sup>, otros reconocen que tales “instituciones fronterizas”, en su mayoría, son de naturaleza procesal, pero que como la reserva de la legislación procesal por parte de las provincias constituiría un principio rector, pero no un límite, el Congreso federal se encontraría habilitado para regular dichas cuestiones, con el fin de evitar *asimetrías* legislativas entre las provincias en sí, o entre éstas y el régimen nacional<sup>13</sup>.

Esta última tesis fue recogida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky”, en donde por mayoría (la Dra. Argibay se expidió en disidencia) hubo de señalar que: “Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación

<sup>8</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª ed. alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus, ob. cit. p. 1. La expresión proceso “jurídicamente regulado”, agrega este autor, comprende tres ideas: “sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo; y, finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada” (ibídem, ps. 1 y ss.).

<sup>10</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, T. I, p. 90.

<sup>11</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, “Parte general. Sujetos procesales”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 73 y siguientes.

<sup>12</sup> CLARÍA OLMEDO, Jorge A., ob. cit., p. 90. En sentido similar: SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, 1970, t. II, p. 440. Repárese que el hecho de considerar tales mandas como de naturaleza sustantiva habilita su disposición al Congreso federal excluyendo a las provincias.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 167 y siguientes.



provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiere el establecimiento del juicio por jurados, parece indicar que el Estado federal ejerce cierto grado de orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo de equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley”<sup>14</sup>.

Pero, además, el Máximo Tribunal no fincó su razonamiento en la aludida afirmación, por cierto controvertida, sino que agregó que, en el caso concreto, a partir de las cuestiones medulares allí debatidas –entre ellas, el examen de constitucionalidad del régimen de la prisión preventiva y excarcelación vigente en la provincia de Buenos Aires– debía tomarse como marco normativo obligatorio al Código Procesal Penal de la Nación, pues éste, en ese sentido, seguiría los criterios mínimos de garantías fijados por el derecho internacional. En otras palabras, según el criterio de la Corte nacional, la provincia de Buenos Aires debía adecuar su legislación penal de acuerdo a lo dispuesto por el Código Procesal Penal federal, al respecto

Finalmente, enfatizando el proceso de cooperación, correspondencia y superposición del *derecho penal material* con el *procesal penal*, una tercera línea de pensamiento, que también considera que, al menos ciertas normas procesales están comprendidas en la delegación que las provincias hicieron al legislador nacional al facultarlo a dictar el Código Penal, subraya que la separación de competencias entre un legislador encargado de sancionar la ley sustantiva y otro distinto a cargo de la legislación procesal, en verdad no resulta posible jurídicamente y, por lo tanto, la realidad política argentina que la practica es, simplemente, un hecho de fuerza consumado que no puede ser explicado desde el punto de vista dogmático<sup>15</sup>. Se trataría, entonces, por lo tanto, de un problema indiscutiblemente meta-jurídico al que –según este criterio– no se le puede encontrar explicación en derecho, así como tampoco sus repercusiones podrían ser estudiadas con los métodos de la ciencia jurídica. Ello por cuanto –destacan– el derecho material y el procesal “son ramas *inseparables* del derecho penal, con lo cual esta separación de los órganos que las dictan es artificial y está, naturalmente, condenada a hacer fracasar todo el sistema”<sup>16</sup>, siendo que además tal escisión “(...) imp[ediría] toda política criminal racional, tanto por parte del legislador sustantivo como del encargado de

<sup>14</sup> CSJN, *Fallos*, 328:1146; “Verbisky s/hábeas corpus” del 3/5/05, conf. consid. 55.

<sup>15</sup> PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 639 y siguientes.

<sup>16</sup> PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable...*, ps. 642 y ss. (el destacado pertenece al original).

establecer los procedimientos”<sup>17</sup>. En este sentido, se subraya que la “ubicación de la justicia penal dentro del sistema penal es estratégica y el modo como se organice aquella influye decisivamente en la ‘configuración’ de la política criminal, aunque también influye en su ‘formulación’”<sup>18</sup> de modo que el “(...) proceso penal es *corresponsable* del ejercicio de la política criminal de un Estado [y] toda modificación verdaderamente procesal constituye, a la vez un problema de política criminal”<sup>19</sup>.

Hasta aquí aparece planteado un serio problema en el *Sistema Penal Argentino* que, según se pretende demostrar en esta investigación, no puede ser examinado, con prescindencia de un escrupuloso análisis del reparto constitucional de competencias legislativas en materia penal de fondo y de forma que rige desde la sanción de la *Constitución histórica* de 1853/1860. Y es que más allá de las atendibles observaciones que puedan formularse, principalmente desde la dogmática penal, a modo de evitar la exégesis de la disyunción entre el *derecho penal material* y el *penal formal*, desde el prisma del *derecho político*, lo cierto es que la propia Norma Fundamental argentina determinaría la división cuestionada, lo que necesariamente exige verificar, en primer término y previa a toda eventual discusión, si en verdad los estados locales se reservaron la facultad de establecer las normas de enjuiciamiento<sup>20</sup>.

De constatarse este extremo debe comprobarse si esa reserva es, en términos absolutos; si, en su caso, la Constitución establece algún modelo o sistema de enjuiciamiento al que las provincias deban ajustarse y, en definitiva, si el particular régimen federal argentino permite la normal proyección del *Sistema de Justicia Penal*, o bien se impone su transformación al menos en ese sentido.

<sup>17</sup> PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable...*, p. 647. Según el autor, la división entre el *derecho penal material* y el *procesal penal* sólo es posible por razones prácticas, didácticas y de organización académica, pero no legislativamente. Así, entiende que la separación de las competencias legislativas en ese sentido establecida en la Constitución, “se trata de un peculiar desacierto del federalismo vernáculo que no merece la consideración científica, no al menos la jurídico-penal, aunque pueda ser objeto de estudio de interés para las ciencias que se ocupan de las patologías en las prácticas políticas de los Estados. Así pues, nadie puede detenerse a analizar dogmáticamente una cuestión de cualquier aspecto del orden jurídico-penal con la mira puesta, como se hace habitualmente, en el cuidado exigido si tal regla es material o de procedimiento, sólo teniendo en cuenta la división de competencias para su promulgación. Cualquier frontera que se quiera establecer será artificial y caprichosa, fundada en las predilecciones ilimitadas del intérprete y no en argumentos jurídicos. Todos los estudios al respecto sufren de miopía científica y deberían ser abandonados en cuanto se observen detenidamente alguno de los fenómenos que esta distribución de tareas ha producido” (ibídem, ps. 649 y ss.).

<sup>18</sup> BINDER, Alberto M., “Límites y posibilidades de la simplificación del proceso”, en *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 57.

<sup>19</sup> BINDER, Alberto M., ob. cit., p. 59.

<sup>20</sup> Fuera de lo dispuesto en el art. 5º y los que componen el Título Segundo de la Segunda Parte de la Constitución nacional, no existe en dicho cuerpo normativo disposición expresa alguna que prescriba que las provincias son las encargadas de establecer su propia legislación en materia procesal penal.



Entonces, todo lo expuesto, como se señalara, se tomará como referencia la tradicional distinción de poderes legislativos impuesta desde la organización política nacional originaria. Pero, además, al panorama graficado se deben aunar las derivaciones de la incorporación al sistema normativo de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, parte de los cuales, con la reforma de la Carta Magna de 1994, fueron elevados a la jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), lo que permite concluir en la existencia “de un *nuevo paradigma* de procuración y administración de justicia en la Argentina”, a partir del cual resulta “no sólo acrecentado el sistema de garantías procesales ya existentes, con un sentido bilateral, sino que ha enfatizado sobre su carácter general, acentuando la importancia que, tanto internacionalmente como dentro de nuestro territorio se le atribuye a un sistema judicial que las priorice (...) y no esté dispuesto a cumplir el objetivo de castigar el delito por cualquier medio y a cualquier costo”<sup>21</sup>. Así, tanto las previsiones establecidas en tales instrumentos, como la interpretación y los pronunciamientos que en base a ellos efectúan los organismos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también condicionarían a los estados locales que componen la Nación, pues estos, al ser parte del Estado federal, deberían garantizar, tanto en su legislación procesal como en la actuación de sus órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios, así como cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana<sup>22</sup>.

Entonces, surge otra arista problemática de la cuestión materia de análisis, que no es propia de la República Argentina sino de cualquier país que haya asumido régimen federal como forma de organización de su Estado: la interacción y articulación entre el Estado federal y los estados provinciales en materia de cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre los derechos humanos de nivel constitucional y en el proceso penal argentino*, 2ª edición actualizada por Santiago Martínez, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, ps. 144.

<sup>22</sup> Conf. arts. 2º y 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos; 50, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>23</sup> Con los cuidadosos recaudos que deben adoptarse a la hora observar las flaquezas de un sistema, cuyos designios originarios resultan axiomáticamente loables –en esencia, la protección los derechos fundamentales de la persona humana y la limitación y el control del ejercicio del poder penal del Estado–, una parte de la doctrina –sobre todo la penal y la constitucional– comienza a advertir que todos los operadores del sistema interamericano deben prestar especial atención a las *consecuencias* que los pronunciamientos de los órganos que lo componen (en especial, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) pueden producir en el ámbito del derecho interno de los Estados parte, exhortando por un lado a “dejar de lado la hiperespecialización del derecho internacional de los derechos humanos que ignora los principios estructurales elementales del derecho interno” y, a la vez, marcando la ineludible necesidad de que “internacionalistas y especialistas en derecho interno coordinen esfuerzos para lograr desarrollos más amplios que den mayor contenido a las obligaciones internacionales establecidas en las diversas cláusulas de la Convención Americana” (conf. BOVINO, Alberto, “A propósito del caso Villagrán Morales. La investigación penal en el ámbito nacional”, en *Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 245. Siguiendo esta línea de razonamiento, en el

Sintetizando los alcances del nuevo paradigma planteado a partir del reconocimiento constitucional argentino al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su interrelación con los principios tradicionales de la Constitución Histórica, Andrés GIL DOMÍNGUEZ subraya que el modelo de *Estado constitucional de Derecho* que rige de forma progresiva desde 1853, presenta los siguientes elementos estructurales: *a)* fuerza normativa de la Constitución que, con carácter vinculante, irradia sus contenidos sustanciales a todo el ordenamiento inferior y a todas las relaciones horizontales y verticales; *b)* supremacía constitucional, lo cual implica que la Constitución –más allá del nivel jerárquico en donde por su voluntad se ubique– es la fuente de fuentes del sistema jurídico; *c)* una dimensión de la validez sustancial (junto a una dimensión de la validez formal respecto del órgano emisor y de las formas de producción del derecho) compuesta por derechos fundamentales (procedentes de manera expresa o implícita de la Constitución) y derechos fundamentales (procedentes de manera expresa o implícita de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) que, *a priori*, tienen idéntica jerarquía; *d)* la ampliación directa de las normas constitucionales (o plena operatividad frente a las lagunas y antinomias violatorias de la fuerza normativa de la Constitución), y *e)* la titularidad y ejercicio por parte del Poder Judicial de la última palabra constitucional, una vez que los demás poderes tuvieron, por acción u omisión, una intervención, *prima facie*, no definitiva<sup>24</sup>.

Siguiendo esta línea de razonamiento, uno de los efectos que se desprenden de la fuerza normativa constitucional se concreta en la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, como un proceso de transformación, al término del cual las leyes que lo componen –que no constituyen su techo– resultan totalmente impregnadas por las normas constitucionales. Así, la fuerza de la Constitución se proyecta al ordenamiento secundario (civil, comercial, laboral,

---

ámbito del *derecho penal* y del *procesal penal*, ante un conflicto de aplicación o interpretación, entre una manda del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y otra del derecho interno, debería prevalecer la regla de interpretación que favorezca al imputado. En este sentido, Edgardo DONNA subraya que “las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario, de Derecho Penal Internacional y las normas de *ius cogens* devienen operativas en la medida en que resulten favorables para el imputado, no así en caso de que resulten perjudiciales” (conf. DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos. Teoría de la ley penal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 594). Los graves inconvenientes que se verifican cuando una disposición internacional es menos beneficiosa para el imputado que la ley local; o cuando los órganos que componen el Sistema Interamericano interpretan una manda de manera más gravosa que los tribunales domésticos, o cuando directamente encomiendan ejecutar un mandato contrario a la ley penal o procesal local más benigna, devienen cuestiones insoslayables que también habrán de ser estudiadas al momento de tratar, primeramente, la ubicación del *derecho penal material* en el *Estado constitucional de Derecho*. Resulta claro que también corresponderá ponerlas de resalto cuando se analice la indefectible adaptación de las leyes procesales a las pautas internacionales, o bien cuando se examine el deber estatal de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

<sup>24</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho constitucional de la propiedad intelectual*, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, ejemplar del 27/2/09, p. 1.

administrativo, penal, procesal, etc.), de forma tal que este último sólo resulta válido en la medida que cumpla los requisitos formales y constitucionales<sup>25</sup>.

Por ese motivo y parafraseando al autor que al estamos haciendo referencia, en un *Estado constitucional de Derecho* no puede hablarse de un derecho penal, sino de un *derecho constitucional penal*, lo mismo que tampoco de un derecho procesal penal, sino de un *derecho constitucional procesal penal*<sup>26</sup>. Y como ambos tienen como fundamento las constituciones y el derecho internacional, en razón de que uno y otro cumplen la función de preservar el *Estado de Derecho*, aun cuando sus objetos sean dispares, los principios de elaboración de sendos ordenamientos son –o deberían ser– estrictamente paralelos<sup>27</sup>.

En esta dirección es que se pretende enderezar el examen propuesto: partiendo de un análisis que habrá reparar en el desarrollo histórico de la organización política argentina y en la evolución de la legislación *penal y procesal penal* parlamentaria, habrá de plantearse un enfoque neo-constitucionalista que –sin desdeñar tales antecedentes que hacen a la propia identidad nacional– considere los alcances resultantes de la novel significación del derecho *supralegal* en la interrelación del *derecho (constitucional) penal* con el *derecho (constitucional) procesal penal*.

De este modo, se procurará determinar si, manteniendo el esquema tradicional del federalismo argentino, es posible el correcto desarrollo de un *derecho (constitucional) procesal penal* en cabeza de las *provincias* y, paralelamente, de un *derecho (constitucional) penal* a cargo del *Estado federal*<sup>28</sup>, permitiendo llevar adelante, en forma mancomunada, la concreción de políticas criminales ejecutivas que, simultáneamente, atiendan el influjo dispositivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho...*, p. 1, con cita de BIDART CAMPOS, Germán, J., *La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (una muy buena sentencia de adopción)*, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1997-F, ps. 145 y siguientes.

<sup>26</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María V., y HERRERA, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 6. En sentido similar: MAYÓN, Carlos A. *El derecho constitucional civil*, Rev. *El Derecho*, Buenos Aires, Argentina, t. 2003, ps. 409 y siguientes.

<sup>27</sup> Conf. ZAFFARONI, Eugenio R., “Proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad”, en AA.VV., *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, E. R. Zaffaroni (coordinador), Porrúa, México, 2000, p. 8.

<sup>28</sup> Claro está que, merced al régimen republicano y, sobre todo, federal imperante en la República Argentina, el Estado nacional también debe encargarse del *derecho (constitucional) procesal penal federal*.

<sup>29</sup> Como se subrayara, el Sistema Penal resulta una combinación del *derecho penal* y el *procesal penal*, más la *ejecución penal* (conf. MAIER, Julio B. J., ob cit., 2ª ed., 3ª reimpr., t. I, “Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 146). Si bien el derecho penitenciario no constituye el objeto central de la investigación propuesta, mal podría ser obviado en el marco de la problemática que se plantea (el alcance de las potestades legislativas provinciales en materia de procedimiento penal), lo mismo que concretamente la *pena*, pues el proceso penal es su instrumento de legitimación. Pero además su *determinación judicial* habrá de presentar diferentes variaciones, según el sistema de enjuiciamiento que se adopte. La trascendencia de la cuestión planteada aparece sintetizada en la siguiente reflexión de Juan BUSTOS RAMÍREZ: “El eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y

Desde la perspectiva jurídico-penal, dicha labor demandará establecer si tal distribución de funciones -que, en principio, implicaría la necesidad de aceptar la distinción entre el *derecho penal* y el *procesal*- resulta viable; y de verificarse la imposibilidad de tal escisión en ciertas áreas (vgr., las aludidas *zonas fronterizas*) o el detrimento de las derivaciones de esa relación interdisciplinaria (vgr., en la concepción global del efecto de “espejo” existente entre las grandes garantías penales -legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, mínima intervención, etc.- y las garantías propiamente procesales -juicio previo, inocencia, defensa en juicio, proporcionalidad, etc.-<sup>30</sup>), intentará demostrarse la necesidad o prescindencia de asumir un sistema distinto al vigente.

## 2. Delimitación de la investigación

### a) *Hipótesis general de la tesis*

A partir de los extremos hasta aquí puestos de manifiesto, como hipótesis general, en esta investigación se procurará demostrar que:

1) Las provincias argentinas originariamente *no delegaron al Estado federal*, ni aun de manera parcial, *la potestad de regular el proceso penal* aplicable en sus respectivas *jurisdicciones locales*. Este último sólo fue habilitado para ejercer tal legislación exclusiva y excepcionalmente en la *jurisdicción nacional*.

2) Sin perjuicio de este aserto, la propia Carta Magna nacional establece un modelo de justicia penal que, de manera inevitable, deben observar tanto los estados locales como el federal, siendo todos estos los encargados de implementar, en forma privativa en sus respectivas jurisdicciones, la legislación necesaria para hacer efectivo el programa constitucional. Este extremo y el nuevo paradigma de justicia penal establecido a partir de la elevación a la jerarquía supralegal de ciertos instrumentos sobre derechos humanos, condiciona la potestad reservada de las provincias para regular sus leyes procesales, pues

---

concretamente al ciudadano es la pena que se le va aplicar y, por lo tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Medición de la pena y procesal penal”, en AA.VV., *Hacia una nueva justicia penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 329, cit. por MAGARIÑOS, Mario, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en AA. VV., *La determinación judicial de la pena*, Julio B. J. Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 71).

<sup>30</sup> BINDER, Alberto M., ob. cit., p. 58.

deben ajustarse a lo que disponen dichas mandas, o bien a los pronunciamientos de los organismos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3) Frente a esta realidad si, desde del análisis dogmático jurídico-penal, de todos modos termina por considerarse imposible o desacertada la digresión del *derecho penal* y el *procesal penal* en dos fuentes legislativas distintas (una encomendada al gobierno central y la otra a cargo de los estados locales), habrá de proponerse que la autoridad para dictar las leyes penales de fondo —que no guarden vinculación con cuestiones de carácter netamente federal— devenga reasumida por las provincias, si lo que pretende es mantenerse la forma de Estado federal, del modo en que inicialmente esta ha pretendido ser adoptada siguiendo el modelo de los Estados Unidos de América.

4) Tal atribución reivindicada por los estados locales que, *prima facie*, permitiría argumentar sobre la eventual divergencia legislativa penal y la consiguiente desigualdad de los habitantes de la República, de todos modos también encontraría su límite en el plexo de garantías procesales y sustantivas rectoras que emanan de la *Constitución histórica* y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, resortes que, en definitiva, no sólo preservan el principio de unidad y coherencia del orden jurídico del Estado argentino, sino que además tutelan al conjunto del sistema de justicia latinoamericano al contrarrestar los efectos deletéreos del actual momento del poder planetario de globalización.

### **b) Hipótesis específicas**

El planteo formulado a modo de hipótesis general se nutre, en forma concomitante, de otros supuestos que necesariamente se propondrán corroborar a los fines de acreditar su validez:

1) De tal modo, en primer término, se procurará demostrar que la potestad originaria de los estados provinciales para legislar la materia procesal penal aplicable a las jurisdicciones locales no fue alterada ni cedida, total o parcialmente, al gobierno federal en la Convención Nacional Constituyente de 1853 y que, incluso luego fue reafirmada, tanto por la Convención Nacional *ad hoc* de 1860 que aprobara las propuestas introducidas por la provincia de Buenos Aires, como fundamentalmente a través de la última reforma constitucional de 1994.

2) Se intentará establecer que, aun cuando las provincias hayan conservado la potestad de regular sus propios procedimientos penales locales, la Constitución histórica les impone a ellas y a la Nación un determinado modelo de enjuiciamiento penal en esencia *acusatorio*, que determina como regla general la *intervención jurisdiccional*, la *oralidad*, la *publicidad*, y la



*culminación por jurados*. Este sistema se complementa con el universo de principios rectores que, en materia procesal penal, derivan del Bloque de Constitucionalidad Federal y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo conjunto no puede ser soslayado por los estados provinciales (ni aun por el federal), argumentando el ejercicio privativo de sus facultades reservadas.

3) En cuanto a la prescripción del jurado –eje central del sistema de justicia pretendido por los constituyentes de 1853/60– se procurará demostrar que ésta no ha caído en la desuetudo ni fue “desconstitucionalidad” y que las leyes destinadas a su efectiva implementación igualmente constituyen una facultad exclusiva de las provincias, obligación que, sin embargo, también recae sobre el Estado federal, mas únicamente para garantizar la aplicación de ese sistema por parte de la justicia nacional.

4) Descartada la autoridad del Gobierno federal para implementar el juicio por jurados en todo el país, más allá de la jurisdicción nacional –argumento que, junto al criterio de igualdad jurídica, es principalmente utilizado para justificar la competencia legislativa parcial, y hasta absoluta, del parlamento nacional en materia procesal penal– se habrá de probar que las normas que reglamentan el ejercicio de la acción penal son de naturaleza procesal y que, por ende, el Congreso Nacional excedió su competencia legislativa al reglarla, materialmente, en el Código Penal de la Nación<sup>31</sup>. Este aserto llevará a confrontar si es posible establecer el límite preciso entre lo formal y lo material en el orden penal, y en su caso, atendiendo la innegable y conveniente conexión entre el *derecho penal* y el *procesal penal*, corresponderá definir si realmente ello implica la necesidad de sostener una interdependencia absoluta entre ambas disciplinas, a modo de evitar la invasión o superposición de competencias legislativas, o bien el correcto desarrollo y ejecución de la política criminal estatal.

5) Se pretenderá probar que el *piso mínimo de garantías procesales* exigido por el Estado de Derecho se encuentra previsto por el propio *Bloque de Constitucionalidad Federal*, producto de aludida reforma constitucional de 1994. Ello –conforme procurará acreditarse–,

<sup>31</sup> En su tesis doctoral dirigida por Eugenio Zaffaroni y analizando la competencia legislativa del Congreso Nacional en materia procesal penal, concretamente en lo que respecta a su aparente potestad para regular la acción penal, Adrián MARCHISIO formula una observación que contrasta con el aludido criterio expuesto por Pastor, en punto a la innecesaridad de profundizar el estudio de la distribución de competencias legislativas en materia penal de fondo y de forma a partir del tamiz del *derecho constitucional*: “Lo interesante del análisis que se propone consiste en la armonización de la regulación de la acción en el Código Penal a la luz de los principios constitucionales vigentes. El conflicto planteado daría lugar a una amplia investigación sobre la materia, dado que si bien existen criterios rectores, las diversas hipótesis desarrolladas a lo largo de la historia institucional de nuestro país revelan que la tensión entre las facultades del gobierno nacional y las autonomías provinciales, es un tema que continuamente renace. Esta problemática se acentúa en materia legislativa, por la cada vez más acentuada tendencia de incluir en las normas nacionales de cualquier índole, tipos penales especiales y normas de procedimiento” (MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 86).

por un lado determina que el Estado nacional no se encuentre habilitado a sancionar leyes, fijando estándares mínimos aplicables obligatoriamente por todas las provincias, extremo que, en todo caso, sólo devendría plausible a través de acuerdos interprovinciales. Pero, como contrapartida, los estados locales deben ajustar sus legislaciones procesales a las disposiciones previstas por ese compendio de mandas supralegales y observarlas, encontrándose impedido el Estado nacional a alegar motivos de competencia interna producto del régimen federal vigente para justificar la inobservancia de los instrumentos internacionales sobre el derechos humanos o los pronunciamientos que, al respecto, emanan de los organismos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### **c) Marco legal abarcado, espacio geográfico y temporal y temas excluidos**

El estudio aquí propuesto pretende abordar el análisis de comprensión de la realidad jurídica planteada desde dos esquemas, por cierto disímiles, pero a los que se impone recurrir a los fines de entender, en forma adecuada, las derivaciones de la cuestión que se trata.

Uno de ellos que parta de la concepción política, organizacional y jurídica que imperaba en la Argentina del siglo XIX, que permitirá comprender, bajo el prisma de la interpretación auténtica, lo que en definitiva pretendieron los constituyentes de la *Constitución histórica* y, luego, los parlamentarios que se abocaron a la regulación de las primeras leyes penales y procesales<sup>32</sup>. El segundo, desde una perspectiva actual que, sin adherir a lo que precisamente ha dado en denominarse el “Derecho penal posmoderno”<sup>33</sup> o “neopunitivismo”<sup>34</sup> (y en este sentido corresponde desde ya adelantar que aquí se insistirá en retomar los ideales del *derecho penal liberal* y, consecuentemente, en la exigencia del máximo respeto del principio de legalidad), reexamine y amalgame aquellas premisas iluministas originales, en el marco del contexto jurídico-penal vigente, cuyos postulados fundamentales ya no son propios de los estados en particular, sino que forman parte de un acervo jurídico-axiológico trasnacional.

Siguiendo este criterio, la investigación, de todos modos, se limitará estrictamente al caso argentino<sup>35</sup> y si bien no habrá de escudriñarse en la distribución de competencias

<sup>32</sup> La investigación desarrollada, como podrá advertirse, deviene esencialmente teórica y documental, más allá de abordar problemas prácticos derivados de antecedentes jurisprudenciales.

<sup>33</sup> Conf. DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 590.

<sup>34</sup> Conf. PASTOR, Daniel R., “*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*”, en “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, vol. 2005-A, ps. 73 y siguientes.

<sup>35</sup> Ello, más allá de que necesariamente deba recurrirse a la legislación y jurisprudencia comparada en el momento de analizar ciertas cuestiones que habrán de plantearse a lo largo del desarrollo del estudio propuesto, en especial, a la norteamericana, fuente de inspiración de los constituyentes locales y de interpretación de la

jurisdiccionales más allá de las necesarias referencias que corresponda hacer del tema<sup>36</sup>, en diversos aspectos se concentrará en el contexto del ordenamiento procesal penal federal por distintas razones.

En primer lugar, porque más allá de la tesis que a partir de esta pesquisa se pretende demostrarse OK—en el sentido de confirmar la autonomía provincial en materia legislativa procesal penal y otorgarle un nuevo significado en el actual espacio jurídico regional—, como ya se adelantara, según el actual criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ciertos aspectos, el Código Procesal Penal de la Nación constituye una “ley marco de garantías mínimas”, por lo que las provincias pueden perfeccionar, en sus códigos, los principios limitadores y las garantías mínimas fijadas por el legislador nacional, pero no restringirlas o regular su aplicación de manera más gravosa que la fijada para el sistema federal, invocando para ello su autonomía legislativa en materia procesal.

Semejante afirmación que, sin perjuicio de que la postura aquí asumida es compartida por buena parte de la doctrina nacional, torna inevitable confrontar ciertas previsiones establecidas en este cuerpo normativo con la legislación supralegal vinculada a la materia y los pronunciamientos en ese sentido formulados por los organismos internacionales de derechos humanos, los cuales, en conjunto, resultan considerablemente vastos. De adoptarse igual análisis escrupuloso respecto de la totalidad de los ordenamientos procesales provinciales, se incurriría forzosamente en un desvío del objeto principal de este estudio, pues su eje medular se desplazaría a la problemática procesal particular de cada una de las provincias, siendo que lo que aquí se intenta probar es que tales principios fundamentales, precisamente, no parten de una determinada legislación infra-constitucional.

Finalmente, se escoge el procedimiento que rige el sistema federal, a fuer de capitalizar la experiencia derivada de la práctica forense en la jurisdicción nacional<sup>37</sup> en el tratamiento directo de cuestiones vinculadas a la propuesta de investigación que, a través del presente, se formula. Dicho quehacer conllevó a que esta pesquisa y su desarrollo tuvieran su génesis

---

Corte Suprema nacional. De igual modo y por análogos motivos, imperioso también deviene acudir a la experiencia de otros países de la región que adhirieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos aceptando la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, la mayoría de ellos, como la Argentina, de tradición jurídica (infra-constitucional) continental-europea y en los que no rige el sistema de precedentes propio de la tradición anglosajona (*stare decisis*), al que, sin embargo, suele recurrir el citado tribunal supranacional como fuente de interpretación de las reglas de los Instrumentos Internacionales que aplica.

<sup>36</sup> La cuestión particular de la distribución de competencias jurisdiccionales en materia penal en la República Argentina aparece como un asunto harto debatido e, inclusive, constituyó nada menos que el tema de tesis del maestro Jorge A. CLARÍA OLMEDO para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (ob. cit en nota 5), siendo también objeto de estudio del Prof. Francisco D'ALBORA (*La justicia federal. Su competencia penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968), cuya investigación fue distinguida con el Premio “Clodomiro Zavallía” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

<sup>37</sup> Jurisdicción Nacional Criminal y Correccional.



luego de haber podido amalgamar la labor profesional y la académica, con cierto nivel de madurez en el análisis científico, permitiendo así comprender el alcance del problema puesto de manifiesto, el que, por otra parte y hasta donde se ha podido rastrear, no ha ocupado la atención específica de la doctrina que, usualmente, se refiere a ese tópico como una cuestión satelital de las proposiciones centrales tratadas.

No en pocas investigaciones necesariamente se impone valorar si el punto a examinar es de naturaleza *procesal* o *penal material* para determinar, en principio, cuál sería el órgano legislativo al cual le correspondería ocuparse de su tratamiento. Y dicha incógnita, por cierto, no deja de guardar estricta relación con la ancestral dificultad que subyace en todos los órdenes organizacionales del quehacer público argentino: a quién le incumbe la responsabilidad de abocarse a determinadas tareas y luego asumir las consecuencias, cometido que, en forma habitual, se elude frente a cuestiones problemáticas que, necesariamente, exigen decisiones impopulares o, en otros casos, lo mismo se asume, aun careciendo de la autoridad para hacerlo, cuando de ello pueda derivar algún rédito político o en la consecución de un mecanismo de poder para el control social.

La escasa importancia –cuando no directamente el desprecio– asignados al *derecho constitucional formal y material*, en el momento de atribuir o descartar competencias sobre ciertas cuestiones vinculadas a la conformación y la problemática específica del *Sistema de Justicia Penal*, llevan a proponer el examen sincero de las potestades legislativas provinciales y federales en esa materia con el presuntuoso designio de determinar una respuesta objetiva sobre el alcance del tema planteado<sup>38</sup>.

### 3) Plan de trabajo y metodología a utilizar

Para desarrollar el análisis que aquí se propone habrá de recorrerse el siguiente camino:

a) En la presente “Sección Introductoria” se han especificado los objetivos de la presente investigación y la tesis general que pretende demostrarse, conforme el planteo anteriormente reseñado. De modo que esta presentación inicial ha permitido incorporar, en forma sucinta, los extremos de interés que justifican la relevancia del tema propuesto y el vacío de conocimiento que el estudio pretende abordar.

<sup>38</sup> La delimitación del objeto de tesis propuesta de tal modo responde a las cuatro reglas básicas que deben observarse para abordar tal empresa: “1) Que el tema corresponda a los intereses del doctorando (...); 2) Que las fuentes a que se recurran sean asequibles, es decir, al alcance físico del doctorando; 3) Que las fuentes a que se recurra sean manejables, es decir, al alcance cultural del doctorando; 4) Que el cuadro metodológico de la investigación esté al alcance de la experiencia del doctorando” (ECO, Humberto, *Cómo se hace una tesis*, 1ª ed., 3ª reimpr., Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, p. 23).

b) A continuación, el análisis programado se dividirá en tres grandes secciones, lo cual posibilitará un mejor desarrollo y comprensión del tema expuesto.

En la “Primera Parte”, para dirigir el estudio de lo general a lo particular, resultará imprescindible partir de la descripción de los caracteres esenciales del *derecho penal material* y del *procesal penal*, lo cual posibilitará determinar sus puntos de encuentro, que no sólo se verifican en la unidad que (conjuntamente con el *derecho de la ejecución penal*) confluye en el *Sistema de Justicia Penal*, sino también en los principios fundamentales comunes de ambas disciplinas. Este ejercicio, al mismo tiempo, pondrá en evidencia las diferencias que, más allá de la obligada interrelación entre ambas materias, permiten distinguir una de la otra, al menos, en lo que respecta a su función material y formal.

El desarrollo sugerido, finalmente, habilitará a fijar criterio sobre la admisión —o no— de fuentes distintas de producción del *derecho penal material* y del *procesal penal*, tal como (también aquí se probará) lo establece la Constitución: el primero, fundamentalmente, a cargo del Estado federal —a excepción de las contravenciones, las faltas y los “delitos de imprenta”— y el segundo, en cabeza de los estados provinciales, salvo el que concierne a la jurisdicción federal, cuya regulación le compete al Estado nacional.

Por último, en esta primera sección, además de destacarse los aspectos que permiten considerar al *derecho penal material* y al *procesal penal* como ajustados al *Estado constitucional de Derecho*, también se considera ineludible precisar criterios personales en torno a ciertas cuestiones, cuya respuesta depende de la perspectiva particular que se tenga sobre determinados aspectos de las *teorías del delito y del proceso penal*. Así, por ejemplo, los fines del proceso penal o el *rol* que en él se le reconoce —o se deniega— a la víctima de delito y su íntima relación con la meta del *derecho penal material* y, concretamente, con el *fundamento jurídico* de las sanciones penales.

c) En la “Segunda Parte”, una vez delimitadas tales cuestiones generales, estarán reunidas las condiciones para desarrollar la tesis planteada y las hipótesis generales y específicas que con ella se pretenden demostrar.

En dicho segmento de la pesquisa se habrá de probar la hipótesis central, en cuanto establece que las provincias no delegaron en el gobierno nacional, ni aun parcialmente, la potestad de regular el proceso penal aplicable en sus respectivas jurisdicciones locales (salvo el que rige a nivel federal), extremo que habrá de desprenderse de la exégesis que se formule de la conformación del Estado federal argentino y de la distribución constitucional de competencias legislativas.

En este punto de la investigación, el método de análisis variará, siguiéndose una técnica inversa a la que se desarrollará hasta entonces, esto es, ya no en el sentido de acreditar el poder de los Estados provinciales en materia legislativa procesal penal local, sino en procura de refutar los principales argumentos esbozados por la doctrina, a modo de justificación, de una supuesta cesión parcial, y hasta absoluta, de tal potestad en favor del Estado federal.

Esta sección del análisis concluirá –y con ello también finalizará la “Segunda Parte” de la investigación–, con el estudio de la competencia legislativa para regular el régimen de la acción penal, materia procesal que, ilegítimamente, se encuentra legislada –tal como se probará por el Congreso Nacional en el Código Penal de la Nación.

d) En la “Tercera Parte” –y última–, la investigación se detendrá en las distintas propuestas actuales de unificación procesal penal y se profundizará sobre las repercusiones derivadas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la conformación del *derecho procesal penal*<sup>39</sup>, concretamente, en las particularidades relacionadas con la recepción e implementación de sus postulados en los instrumentos legales secundarios, tanto locales como federales.

A partir de los resultados obtenidos de tal observación y para concluir el estudio, se procurará objetar la viabilidad y conveniencia de una “legislación federal marco” sobre garantías mínimas procesales, explorándose algunos ejemplos en los que se ha recurrido a ese método.

e) Finalmente, y a modo de conclusión, se pondrá a prueba la tesis planteada (tanto en su hipótesis general como en lo que respecta a las hipótesis específicas) y se determinará si, a la postre, aquélla resultó verificada.

<sup>39</sup> Aquí también merece formularse una aclaración a los fines de especificar la forma en la que será abordada esta parte del trabajo. Sobre el tópico, PASTOR sintetiza el panorama con el que, en la actualidad, se halla un investigador al momento de encarar el análisis del material jurisprudencial y de doctrina en materia de derecho penal internacional: “Contamos hoy con una información que, aunque uno se limite a unas pocas lenguas (castellano, italiano, inglés, francés y alemán), resulta inabarcable en su totalidad, pues el material a tratar llena decenas de metros de estanterías en todas las bibliotecas jurídicas del mundo y millones de *bites* informáticos. Por tanto [es] inevitable prescindir de una gran cantidad de fuentes y no siempre en razón de su pobreza informativa, de su falta de originalidad, de su baja calidad conceptual, o de la ausencia de todo aparato crítico-argumental, sino porque en esta ya mentada ‘sociedad de la sobre-información’ no es realmente posible, al menos si se pretende que un escrito científico deje el estado de borrador ya durante la vida del autor” (PASTOR, Daniel R., *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006, ps. 13 y ss.). Este criterio (debe reconocerse, arbitrario) es el que, necesariamente, se seguirá a los fines de poder concretar una investigación que, sin dejar de resultar rigurosa en lo que atañe a la exploración y desarrollo de fuentes primarias y secundarias de importancia, no termine por constituir una descomunal recopilación de datos y citas, desnaturalizando así el eje cardinal de su cometido.

## PRIMERA PARTE

### El derecho penal y el derecho procesal penal en el Estado constitucional de Derecho (\*)

## CAPÍTULO I

### Aspectos generales del derecho penal material

#### 1. El concepto y la función del derecho penal

Aun cuando se subraya que el *derecho procesal penal*, en principio, no puede ser pensado con independencia del *derecho penal*, pues ambos configuran una unidad político-jurídica<sup>1</sup>, la doctrina contemporánea ensaya distintas definiciones de sus respectivos conceptos particulares, buena parte de las cuales revelan la correspondencia señalada.

En general se acepta que el *derecho penal material o sustantivo*, cuyas reglas fundamentales, en su mayoría, están contenidas el Código Penal de la Nación<sup>2</sup>, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas –concretamente las penas y las medidas de seguridad– que están conectadas a la comisión del hecho<sup>3</sup>.

De este modo, la tradicional definición de *derecho penal* propuesta hace un siglo por von Liszt (“Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que

(\*) **ACLARACIÓN PRELIMINAR:** Se deja expresa constancia que todas las transcripciones efectuadas se han realizado en su *ortografía original*, acorde a la época en que los proyectos, normas o debates tuvieron lugar, a pesar de que, en algunos términos, se ha colocado “(sic)” por causa de correlación sintáctica, gramatical o morfológica, de acuerdo al actual régimen del idioma español-castellano que regula la Real Academia Española.

<sup>1</sup> Aunque ya trillada, la metáfora de Mommsen continúa resultando ilustrativa para graficar dicha relación: “el derecho penal, sin el procedimiento penal, es un mango de puñal sin hoja, y el procedimiento penal, sin el derecho penal es una hoja sin mango” (MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. del alemán por P. Dorado, “Prólogo” del autor, Temis, Bogotá, 1976, s/p).

<sup>2</sup> El caso argentino resulta paradigmático e inabarcable en su estudio pues, además de las conductas típicas previstas en el Código Penal de la Nación, fuera de este cuerpo sistemático coexisten múltiples *leyes penales especiales* así como también *disposiciones penales* en leyes, cuyo objeto sustancial no es de naturaleza penal. De todas formas, y tal como destaca DONNA, la expansión del derecho penal no constituye un problema estrictamente local pues no hay código que, en los últimos años, no haya aumentado el catálogo de delitos, con nuevos tipos penales, nuevas leyes especiales y una fuerte agravación de las penas (DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos. Teoría de la ley penal”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 65).

<sup>3</sup> Conf. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª ed. alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. PASTOR, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1.

asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”<sup>4</sup>), advierte MIR PUIG que hoy resulta insuficiente y debe ampliarse por dos razones distintas. Por una parte, durante el siglo XX, fueron apareciendo y ocupando un lugar importante en las legislaciones las llamadas “medidas de seguridad”. Así, ya no puede afirmarse que el *derecho penal* señale sólo las “penas” a los delitos, sino que ahora dispone de un segundo mecanismo: el de las medidas de seguridad. Por otro lado, siempre siguiendo a MIR PUIG— el *derecho penal* no debe reducirse a las normas que establecen las penas y las medidas de seguridad, sino que comprende ante todo las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos por la ley: “El derecho penal no constituye sólo un conjunto de normas dirigidas a los jueces ordenándoles imponer penas o medidas de seguridad, sino también, y antes de ello, un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos”<sup>5</sup>.

Así, el *derecho penal*, por un lado, cumpliría la misión de proteger a la sociedad mediante el castigo de transgresiones a la ley que han tenido lugar; reviste, en consecuencia, una *estructura represiva* (coercitiva). Por otro, su papel consistiría en la prevención de infracciones, cuya comisión se teme en un futuro; por lo que poseería, también, una *naturaleza preventiva*<sup>6</sup>. Ambas funciones, represiva y preventiva, no serían opuestas, debiendo ser entendidas de modo complementario: “el derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del derecho (prevención mediante represión)”<sup>7</sup>. A través del cumplimiento de la función represiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el *derecho penal* desarrollaría así la “fuerza configuradora de las costumbres” que convence al conjunto de la población de la autoridad del ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina ‘prevención general’<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 18ª ed. alemana y adicionado con la obra de SALDAÑA, Quintiliano, *Historia del derecho penal en España*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1926, t. I, p. 5.

<sup>5</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2ª reimpr., BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2005, p. 52. Claro está que, al igual que el resto de los saberes jurídicos, el derecho penal no sólo está integrado por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios.

<sup>6</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., corregida y ampliada, trad. por Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 4.

<sup>7</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, ob. cit., p. 4, con citas de Kaufmann, Lenckner, ROXIN, Rudolphi, Schmidhäuser y Wessels.

<sup>8</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, ob. cit., p. 4. Mientras la *prevención general positiva* se endereza a reforzar la confianza pública en el sistema, la *prevención general negativa* pretende disuadir a los miembros de la sociedad que no han delinquido, pero que se pueden ver tentados a hacerlo, a través de la amenaza de la pena.



Partiendo entonces de la base de que el *derecho penal* debe garantizar una convivencia libre y segura de la sociedad, las teorías preventivas de la pena intentan determinar las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (*prevención especial*); en todos los miembros de la sociedad (*prevención general*), o a través de ambas al mismo tiempo (las llamadas “teorías unitarias”, “unificadoras”, “mixtas” o, simplemente, “de la unión”).

A su vez, a la prevención (general) se le atribuye una doble función: la prevención de los delitos y la de las penas excesivas (desproporcionadas) o las informales (arbitrarias), es decir, la prevención de los castigos injustos<sup>9</sup>. La primera función marca el límite mínimo y la segunda, el máximo de las penas. Una “refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel que se sospecha y es acusado como tal”<sup>10</sup>. Mediante tal doble finalidad preventiva negativa se procura impedir que los individuos tomen justicia por mano propia y, más en general, la minimización de la violencia en la sociedad. De modo que la ley penal no se reduciría a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos, sino que determinaría la protección del más débil contra la violencia arbitraria del más fuerte: “del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él”<sup>11</sup>. Bajo ambos aspectos preventivos, el *derecho penal* se justifica “como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos, ni con los castigos”<sup>12</sup>.

De todo esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse todas estas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado de Derecho, sea útil, o al menos aceptable por igual para la sociedad, la eventual víctima y el autor<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, ps. 331 y siguientes. Haciendo hincapié en el principio ilustrado de *pena mínima necesaria* señala el jurista italiano que es *injusta* la pena agravada más allá de lo necesario (excesiva) para quienes deben sufrirla, lo mismo que las reacciones *informales* públicas o privadas, punitivas pero no penales, que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella (p. 332).

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 334.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 335.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 335 (el resaltado es del original).

<sup>13</sup> Conf. ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. por Manuel A. Abanto Vázquez, Grijley, Lima, 2007, ps. 42 y siguientes. La *teoría preventiva de la unión* tiene su esencia en el derecho sancionador y de ejecución penal, y tiene su centro en la idea de la *reparación* voluntaria, por la cual destaca que su inclusión en

Desde otra perspectiva se sostiene que el *derecho penal* no es ningún instrumento al servicio de cambio social, constituyendo sólo una reacción ante el hecho y que, por lo tanto, no se encuentra sobre la idea de los fines, siendo únicamente el hombre la medida del fin del derecho penal<sup>14</sup>: “La pena judicial (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro, ni confundido entre los objetos del derecho real. El delincuente debe resultar castigado, y no debe ser pensado que esa pena tiene una utilidad para él o para los demás”<sup>15</sup>.

Entonces, partiendo del concepto *personalista* del derecho, en cuanto éste debe servir a la persona y no a cualquier mito que la trascienda, el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos del ciudadano, de manera que “no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes, al transformar el modelo de Estado, pues una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra un derecho ajeno, es ilícita, y su antijuridicidad afecta a todos los que se benefician o pueden beneficiarse del respeto al ámbito de autonomía moral que establece la Constitución nacional (art. 19). Se trataría de un acto que lesiona el modelo de estado de derecho por el que opta la Constitución nacional, que importa, sin duda, un derecho de todos los habitantes”<sup>16</sup>.

De este modo, el derecho aparece como protector de bienes jurídicos relacionados con la autonomía de la voluntad del hombre, por cuanto existen normas que mandan o prohíben conductas relacionadas con este bien jurídico. La norma de conducta que protege al bien jurídico, primariamente o de manera inmediata, sirve como requisito de la sanción como

---

el sistema sancionador, en supuestos de delitos de escasa y mediana gravedad, vinculando de manera feliz los efectos preventivo-especiales y generales con la satisfacción de los intereses de la víctima (p. 43).

<sup>14</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, ps. 325 y ss., quien, citando a Naucke, subraya que un *derecho penal* de fines –como propone el *derecho penal de prevención*– es posible, pero está puesto seriamente en duda ya que, más allá de que sus fundamentos no están de acuerdo con los derechos fundamentales de la persona, está obligado a ser un derecho con una fuerte disminución de garantías.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel, *Rechtslehre*, II. Teil I, Abschnitt, Allgemeine Anmerkung E., 1787, cit. por DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 325.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 127. De esta opción constitucional se traduce en el derecho penal, conforme los citados autores, en el *principio de lesividad*, según el cual “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno individual o colectivo” (p. 128).

resultado de la acción previamente tipificada<sup>17</sup>. Ésta constituye una proposición del derecho no legislado, que no se encuentra fuera del orden normativo, sino que se deduce del ordenamiento jurídico general, especialmente la Constitución nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía.

En tal sentido, señala DONNA que las normas “son proposiciones que pertenecen al ámbito del deber ser que encuentran su reconocimiento legislativo en las leyes penales y que obligan o prohíben conductas a todos los miembros de la comunidad jurídica, que tienen como fin la protección de determinados bienes jurídicos, que (...) se deducen de la autonomía de la voluntad y que en última instancia el consenso social ha determinado como valiosos”<sup>18</sup>.

Estas decisiones valorativas, conforme el citado profesor, surgen de una valoración previa a la norma que tienen como fuente la razón, por una parte, y la Constitución o Norma Fundamental (que incluye a los derechos humanos que hacen al Estado de Derecho), por la otra. De este modo, los bienes jurídicos, que constituyen las características de personas, cosas o instituciones que son objeto de posiciones jurídicas y que son penalmente relevantes cuando su garantía pertenece a la protección del derecho penal, “representan la identidad jurídica una sociedad y los presupuestos de su reproducción ya que en una democracia se tiene por fin el asegurar la integración social, a través de acuerdos sobre el campo de la libertad para el desarrollo personal. Son en última instancia las condiciones de participación orientadas al acuerdo, en una integración justa, igualitaria y social”<sup>19</sup>.

## 2. La protección de los bienes jurídicos fundamentales del ciudadano

Como derivación directa de los postulados enunciados se concluye que la meta básica del derecho penal constituye la protección de los bienes jurídicos (fundamentales) del

<sup>17</sup> Como *normas de conducta* deben entenderse aquellas (normas) por las cuales, según su contenido, determinadas conductas son identificadas como correctas, erradas o falsas y que son dirigidas según sus fines por el sujeto (vgr., la norma que “obliga a no matar a otro ser humano” o “no deteriorar la propiedad ajena”). Por su parte, las normas de sanción dan la información acerca de bajo qué requisitos debe ser posible una sanción concreta (conf. DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 196, con cita de Frisch).

<sup>18</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 199.

<sup>19</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, ps. 199 y ss., con cita de Kindhäuser. Afirman BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE que el concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático, cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de los mismos. Con este alcance, para estos autores, los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativas de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, Trotta, Madrid, 1999, vol. II, ps. 57 y ss.).



ciudadano<sup>20</sup> y, concretamente, la protección de la autonomía ética del hombre o, en otras palabras, su independencia frente a la independencia de terceros ya que lo que el delito hace es el sometimiento del sujeto a otra voluntad de manera ilegal<sup>21</sup>.

Del *principio de autonomía*, centro de protección del derecho penal, se deducen los bienes jurídicos que deben ser más celosamente protegidos por aquél, siendo el primero y más genérico de ellos “la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”, principio consagrado expresamente en el artículo 19 de la Constitución nacional y de allí otros bienes que se deducen de éste (la integridad corporal y psíquica y, consecuentemente, la vida, la integridad sexual, etc.)<sup>22</sup>.

Con todo, se indica que dicha protección *debería* limitarse a los bienes jurídicos básicos o nucleares que abarquen sólo los intereses directos o indirectos de la persona, ello por cuanto “el derecho penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y, por tanto, pretende evitar las lesiones de la *libertad*”<sup>23</sup>.

La utilización del modo condicional que aquí se utiliza en la afirmación realizada (la meta del derecho penal *debería* limitarse a proteger bienes jurídicos básicos de la persona humana) obedece a que la restricción tutelar que se plantea, propia del *derecho penal clásico o liberal*<sup>24</sup>, no se verifica en el denominado *derecho penal moderno*, esto es, aquel al que, contemporáneamente, se recurre como *prima o sola ratio*<sup>25</sup>. Merced a la “sociedad de riesgos”

<sup>20</sup> Ello, aun cuando para otros autores, como por ejemplo JAKOBS, debe desvincularse como misión del *derecho penal* la función de protección de los bienes jurídicos (conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 47 y ss.). Por su parte, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, destacan el concepto de *bien jurídico lesionado o afectado*, nuclear en el derecho penal para la realización del ya aludido *principio de lesividad*, no debe ser confundido con el de *bien jurídico tutelado*, pues entienden que “nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro”. Así, rechazando la idea *bien jurídico tutelado*, señalan que este constituye una “inversión extensiva racionalizante del *concepto limitativo de bien jurídico afectado* (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes” (ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 4). Sobre la noción de bien jurídico habrá de volverse en los párrafos que siguen.

<sup>21</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 317.

<sup>22</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 109.

<sup>23</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. por Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 44 y siguientes.

<sup>24</sup> El sistema penal liberal y humanista, caracterizado por su prevención contra el sistema inquisitivo que superara, surgió a partir de la consolidación de las ideas políticas renacentistas e ilustradas y fue llevado a cabo en todo el mundo occidental, al menos como modelo tendencial de valores, a partir del siglo XVIII (conf. PASTOR, Daniel R., *Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública*, ponencia general presentada ante el Congreso Nacional de Derecho Procesal 2009, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, disponible en [www.procesal2009bsas.com.ar](http://www.procesal2009bsas.com.ar)).

<sup>25</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año 3, n° 7, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 69 y siguientes. En el mismo sentido: CESANO, José D., *La política criminal argentina: últimas*

en la que nos encontramos inmersos, el legislador acude a los instrumentos penales para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo, apelando para ello principalmente a delitos de peligro abstracto, todo lo cual determina pasar de un derecho penal del *hecho lesivo individual* a un *derecho penal* que aborda dimensiones sistémicas, estructurales, en la que no se aprecia, de manera clara, un comportamiento individual (estructura de delitos de peligro de bienes supraindividuales)<sup>26</sup>.

La idea central sobre la que se apoya este criterio es que, frente a la existencia de riesgos, se exija la protección de los derechos en una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos. En consecuencia, y debido a la existencia de grandes riesgos, el *derecho penal* debería renunciar a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tienen relación con la garantía de futuro<sup>27</sup>. Según esta corriente de pensamiento, se debería someter a una revisión, en base a los actuales objetos, a los instrumentos legales convencionales, ya que los problemas del siglo XXI no pueden ser resueltos con las mismas herramientas del siglo XVIII<sup>28</sup>.

De este modo, como destaca DONNA, detrás de este “nuevo derecho penal” existen conceptos sociológicos que han sido tomados por los penalistas de una manera “acrítica” y luego, desde allí, se han sacado las conclusiones que parecen ser intocables o indiscutibles y que terminan por abarcar zonas que no le pertenecen al *derecho penal*, atacando derechos fundamentales en nombre de la prevención<sup>29</sup>.

A partir de las reflexiones hasta aquí brevemente expresadas, y asumiendo una postura frente a la cuestión, en principio, puede derivarse que:

*imágenes del naufragio?*, en Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, “Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal” del 20/5/09, ps. 1 y siguientes.

<sup>26</sup> Conf. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Algunas reflexiones en relación a los bienes jurídicos supraindividuales*, en “Revista Chilena de Derecho”, publicación de la Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 27, n° 1, 2000, p. 136.

<sup>27</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. II, “Teoría general del delito-I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 419 y siguientes.

<sup>28</sup> HIRSCH, Hans J., “El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad”, en *Derecho penal. Obras completas. Libro homenaje*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999-2003, t. II, ps. 67 y siguientes.

<sup>29</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. II, ps. 420 y 503. Sobre el tema, entre otros, véase, ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro. y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., ps. 351 y ss.; BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, y SALVADOR NETTO, Alamiro V., *Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo*, trad. del portugués por Gabriel González Da Silva, en “Revista de Derecho Penal”, Edgardo A. Donna (director), t. 2008-2, “Delitos de peligro-III”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 687 y siguientes.

a) el *derecho penal* sólo puede escoger sus bienes a partir del conjunto de intereses referidos a la persona, con lo cual tiene la función de señalarle al legislador cuáles son los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la ley<sup>30</sup>;

b) sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse delitos, con un criterio básico: “el concepto de bien jurídico se transforma así sistemáticamente en un criterio negativo que impide la criminalización ilegítima: allí donde no haya lesión de un bien jurídico no debe haber delito”<sup>31</sup>. Al mismo tiempo, el bien jurídico determina el parámetro que permite medir la proporcionalidad de la injerencia penal dentro del marco del Estado de Derecho. Ello así ya que la jerarquía de los bienes jurídicos informa acerca del grado de gravedad que caracteriza a una relación adecuada entre la prohibición de la acción y la amenaza penal por un lado, y la amenaza y el ataque por el otro<sup>32</sup>;

c) los límites de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados de un modo absolutamente contundente<sup>33</sup>. Este extremo se encuentra ligado en forma directa al *principio de legalidad* y a la creación de tipos penales que describan conductas de manera clara y comprensible, siempre dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, puesta como bien jurídico básico<sup>34</sup>;

<sup>30</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 329.

<sup>31</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona...*, p. 45. Conforme el criterio apuntado, el *derecho penal* sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructure sobre la idea de la libertad de las personas, con fundamento en bases razonables. De ello deriva, como ya se señalara, que el Estado no puede imponer conductas determinadas en lo relativo al orden religioso o moral, ni inmiscuirse en el ámbito de la conciencia de los hombres, ni prohibir conductas que, aunque consideradas contrarias a la moral, no afectan derechos de terceros (conf. DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 330).

<sup>32</sup> HASSEMER, Winfried, “Bienes jurídicos en el derecho penal”, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 70. El concepto de bien jurídico ponderado por HASSEMER, también aparece necesario, en un sentido menos fundamental, en el plano de las prohibiciones de la acción, para la formulación de límites a la libertad. A partir de la jerarquía de los bienes jurídicos, que, por ejemplo, coloca a la vida por encima de la propiedad, se derivan grados de intensidad de las lesiones que constituyen parámetros para el análisis de la proporcionalidad de las injerencias estatales que afectan la libertad del ciudadano como reacción a la lesión. El valor de un bien jurídico penal, por lo tanto, contribuye a la determinación más fina de los límites dentro de los cuales es legítima una restricción a la libertad general de acción, y también los límites dentro de los cuales los ciudadanos pueden ser amenazados con sanciones frente a la desviación de la norma (p. 70). Según este mismo autor, los criterios mínimos que debería satisfacer un concepto suficiente de bien jurídico son: a) el concepto de bien jurídico debería ser *cercano a la realidad* (en el sentido que constituya un puente factible hacia los bienes “reales” de las personas de hoy), lo que exige la incorporación inteligente en el sistema de los bienes jurídicos de las condiciones de socialización moderna; b) debe ser *preciso en cuanto a los límites* (como concepto protector de la libertad), lo que exige diferenciaciones precisas de los objetos y referencias cercanas a lo material, y c) debe ser *comprensible en general*, de modo que facilitar y hacer posible el control democrático del legislador, lo que veda las generalizaciones oscuras, mediante las cuales ninguna persona puede representarse algo concreto (p. 74).

<sup>33</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona...*, p. 45.

<sup>34</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho...*, t. I, p. 106.

d) desde esta perspectiva, el Estado surge como una institución derivada de los derechos del ciudadano, recibiendo, por ende, su legitimación del pueblo y en este punto reside su limitación. No hay lugar para un poder autónomo ni usurpador<sup>35</sup>;

e) precisamente, el Estado sólo sirve en tanto instrumento de los hombres para ordenar su vida social; la subordinación de los hombres al Estado sólo es admisible en tanto éste constituye un elemento necesario para garantizarles el campo más amplio posible de respeto y de desarrollo de su personalidad. El Estado es un medio para servir a los hombres y no para que éstos sean sometidos a aquél. Ello implica rechazar un *derecho penal* de pura obediencia y reconocer su legitimidad sólo si es un derecho penal de protección<sup>36</sup>;

f) si bien es dable admitir la protección de intereses colectivos, tal habilitación sólo puede aceptarse de manera restringida, con el fin de evitar su invocación arbitraria y expansiva por el Estado. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 5/85<sup>37</sup>, señaló que es posible entender el *bien común*, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permite a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos, y que en tal sentido puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana<sup>38</sup>. Sin perjuicio de ello, a renglón seguido, agregó: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’

<sup>35</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, ps. 106 y siguientes.

<sup>36</sup> GARCÍA, Luis M., *Reincidencia y punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 67 y siguientes.

<sup>37</sup> Corte I.D.H., “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13/11/85, serie A, nº 5.

<sup>38</sup> Conf. parágrafo 66.

que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”<sup>39</sup>;

g) por estas razones, “hay que limitar el poder estatal del modo más enérgico allí donde más claramente se manifiesta, es decir, en el derecho penal, que debe ser configurado desde el punto de vista de los derechos individuales, como una forma de protección, la más enérgica y contundente, de los mismos”<sup>40</sup>.

En consecuencia, si bien el derecho penal es un medio de represión –pues, como subraya DONNA, no se conoce un derecho penal que premie a sus infractores<sup>41</sup>–, es al mismo tiempo un instrumento de garantía de la libertad y, por ende, constituye un elemento indispensable para asegurar la convivencia social<sup>42</sup>. Se trata de la *ultima ratio*, cuando todos los demás controles que la sociedad tiene: familia, escuela, universidad, fábrica, religión, etc., han fracasado<sup>43</sup>.

### 3. El producto del derecho penal y la función represiva del Estado

Sintetizando el origen y la razón de ser del *derecho penal* como se lo conoce en la actualidad, VÉLEZ MARICONDE recordaba que, como hecho o acontecimiento histórico, contrario a las condiciones de la convivencia humana, el delito generó primitivamente una *reacción del ofendido*, fuera éste un individuo, su familia o su clan<sup>44</sup>.

En sus formas embrionarias –haya sido una simple expresión de instinto de venganza o “el efecto de fuerzas anímicas misteriosas (el tabú) impregnadas de un sentido sobrenatural o

<sup>39</sup> Conf. parágrafo 67. En igual sentido, véase el voto conjunto de los ministros Highton de Nolasco y Maqueda en el fallo “Arriola” (CSJN, 25/8/09, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, c. A. 891. XLIV, conf. considerando 22°). Corresponde recordar que en el precedente citado (que, en rigor de verdad, debió haberse denominado “Fares, Gustavo Alberto y otros”, teniendo en cuenta a quién beneficiaba el pronunciamiento), la Corte retomó la doctrina de “Bazterrica” (Fallos, 308:1392) y “Capalbo” (Fallos, 308:1392, concretamente, ps. 1463 y ss.), opuesta a la de “Colavini” (Fallos, 300:254) y “Montalvo” (Fallos, 313:1333), en lo que respecta al alcance que debe asignársele a las “acciones privadas” previstas en el art. 19, CN, y fundamentalmente al principio de autonomía personal (recuérdese que en tales precedentes se discutió la validez constitucional de las mandas penales que reprimen la tenencia de estupefacientes para consumo personal, entendiendo la Corte en los fallos citados en primer término que estas –según el contexto– se oponen a la Constitución).

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried, *Persona...*, ps. 45 y siguientes.

<sup>41</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 107. Similar aserto formula Luis GARCÍA quien, cuestionando las tesis abolicionistas, observa que “difícilmente alguien estaría dispuesto a calificar de pena a alguna consecuencia jurídica aplicable a una persona como efecto de un hecho reprochable, que consistiera en un verdadero aumento o garantía de goce de sus bienes jurídicos o que contuviera un elogio o declaración laudatoria. Aunque eso se lo llamara pena sería visto como un *premio* y no como un *castigo* por la sociedad” (GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 17).

<sup>42</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 107.

<sup>43</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 107. En igual sentido, HASSEMER, Winfried, *Persona...*, p. 46.

<sup>44</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., 2ª reimpr., actualizada por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. CAFFERATA NORES, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, t. II, p. 15.



religioso”— esa reacción fue ilimitada, absolutamente arbitraria y carente de toda ordenación jurídica, puesto que su existencia, magnitud y forma dependían por entero de la voluntad del ofendido. Después de una gran evolución secular —cuyas primeras manifestaciones se encuentran en la Ley del Talión y en la composición, que ponen límites a la voluntad individual— el triunfo del derecho (la organización jurídica de la sociedad) convierte la represión en una *reacción estatal* perfectamente disciplinada por el derecho en una función esencial del Estado<sup>45</sup>.

Por obra del derecho fundamental, la represión del delito constituye hoy una necesidad esencial del Estado como —último— medio para la defensa jurídica de los bienes jurídicos afectados, derivando ello en que la venganza haya sido proscripta, consolidándose la prohibición jurídica de que el individuo satisfaga directamente los intereses violados por el delito. De este modo, el “primitivo” derecho individual de castigar ha pasado a ser una *potestad pública* (potestad represiva), cuyo ejercicio está condicionado al de la potestad (formal) de realizar el derecho sustantivo, es decir, al “poder super-partes de ejercicio obligatorio tendiente a descubrir la verdad y administrar la justicia”<sup>46</sup>.

De todos modos, sólo se admite que el Estado pueda ejercer esa *potestad pública represiva*, y, concretamente, aplicar una sanción, cuando la amenaza de la misma está debidamente descripta en la ley penal, que, por otra parte, debe haber sido dictada por el Congreso Nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución nacional y antes del hecho que sirve de base para aplicar dicha sanción.

En la situación actual se exige que el Estado que decide tener un catálogo de sanciones tenga a su vez una conformación de acuerdo a la Constitución, esto es lo que se ha dado en llamar el Estado de Derecho, es decir el Estado que está sujeto a la ley<sup>47</sup>.

Pero, ¿cuál es el fundamento real de las sanciones jurídico-penales que el Estado se encuentra a imponer? Sin duda alguna, “sólo la acción eterna del hombre que encuadre o encaje en los tipos penales previamente dictados por la ley es la única base real para la aplicación de cualquier sanción penal”<sup>48</sup>. En otras palabras, solo se admite el *derecho penal de hecho* o de *acto*<sup>49</sup>, y sólo el delito constituye el fundamento real de las sanciones penales.

<sup>45</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ob. cit., t. II, ps. 15 y siguientes.

<sup>46</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, ob. cit., t. II, p. 16.

<sup>47</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 260.

<sup>48</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 261.

<sup>49</sup> El fundamento de tales afirmaciones surge prístino de lo establecido en los arts. 18 y 19, CN, cuyos principios fundamentales relacionados con el *derecho penal material* habrán de ser evaluados más adelante (véase Capítulo II de la Primera Parte).



Sobre el *fundamento de conocimiento* de las sanciones jurídico-penales, esto es, aquel que, junto al fundamento real (el hecho típico), es necesario para llegar a la sanción, no habrá aquí de profundizarse pues, precisamente, este es el *proceso penal*, objeto de conocimiento del *derecho procesal penal* y, a su vez, eje del presente análisis. Sólo habrá de observarse que “la única forma de que el Estado de Derecho conoce es el proceso penal, rodeado de ciertas *garantías mínimas que se encuentran* no sólo en la ley procesal, sino en la *Constitución nacional y en los tratados de derechos humanos* que la República Argentina ha reconocido como vigentes”<sup>50</sup> (el destacado me pertenece).

Finalmente, sin ingresar en detalle al inconcluso debate relacionado con el *fundamento jurídico* de las sanciones penales, puede afirmarse que *la pena*, una de las respuestas más gravosas previstas por el *derecho penal* (y, concretamente, por la ley penal manifiesta) ante la realización de un delito<sup>51</sup>, constituye una pérdida de bienes jurídicos del sujeto que ha sido condenado, como se indicara, de acuerdo a la ley previa y mediante el procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales, dentro de un Estado de Derecho. Ello así por cuanto no puede negarse que la pena no sea un daño causado a la libertad, al patrimonio y al honor del delincuente<sup>52</sup>.

Luis GARCÍA refiere que “con la pena, como *consecuencia jurídica* del hecho, se inflige un *mal* al autor por *causa de su conducta punible*; de allí que la pena es una *desaprobación* querida y consciente del hecho y del autor. En ella se expresa un *juicio de desvalor ético-social* [desaprobación del hecho y del autor]. De esta proposición se deriva que la pena es un *mal*, que ese mal es *retribución* de otro mal causado por el penado, y que esa pena-mal es un

<sup>50</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 262.

<sup>51</sup> La otra respuesta del “mismo tenor” que puede generar la comisión de un delito es la aplicación de una *medida de seguridad*. Del “mismo tenor” se señala, pues, junto con las penas, las medidas de seguridad constituyen verdaderas consecuencias jurídico-penales de carácter coactivo y limitadoras de los derechos individuales. Si bien este no es el espacio para explayarse sobre las *medidas de seguridad*, a modo de referencia sí puede recordarse que la medida de seguridad se impone al incapaz de culpabilidad (respetando las mismas garantías constitucionales que se reconocen para las penas y aplicando el criterio de razonabilidad), no como retribución del hecho sino, exclusivamente, para curar su enfermedad, o al menos, eliminar su peligrosidad. La Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso “Gramajo” (en donde declarara la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52, Cód. Penal, por considerarla como *pena* y no como *medida de seguridad*, criterio que anteriormente sostuviera en “Sosa”, *Fallos*, 324:2153) destacó que las únicas medidas de seguridad previstas en la ley argentina son las *curativas* ya que no existen, en nuestra normativa, medidas de seguridad que se limiten a meras privaciones de la libertad y que se ejecuten igual que la pena de prisión, lo cual es perfectamente razonable y constitucionalmente viable, pues ninguna pena, por el hecho de imponerse con relativa indeterminación temporal y privársela de algunos beneficios ordinarios, deja de ser pena (CSJN, 5/9/06, “Gramajo, Marcelo E. s/robo en grado de tentativa”, *Fallos*, 329:3680.). Sobre el concepto y juicio de peligrosidad criminal como fundamento y medida de reacción penal (con énfasis en la legislación española) puede consultarse la tesis doctoral de HEGGLIN, María F., *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>52</sup> DE LA FUENTE, Javier E., y DONNA, Edgardo A., *El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad*, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1997-C, ps. 361 y siguientes.

*castigo querido*<sup>53</sup>. Subrayando que la prevención general positiva no agota el modelo de retribución, sino que expresa la necesidad social de retribución, pone de resalto que no toda afectación de bienes jurídicos debe ser retribuida, de modo que sólo se trata de reconocer que la *retribución justa* (aquella que se considera proporcionalmente *merecida* y *necesaria*) es presupuesto de la *prevención general positiva*<sup>54</sup>. Este autor puntualiza, además, que aun quienes refutan toda importancia a las teorías retributivas para fundar el *porqué* de la pena, no le niegan a ésta el carácter de *castigo* y que aquellos que rechazan esta condición –ni siquiera desde el punto descriptivo de la pena– terminan por no ver verdaderamente una pena sino algo distinto de ella<sup>55</sup>. Finalmente, descarta que los constituyentes hayan querido desvincular a las penas de cualquier contenido retributivo al establecer en nuestra Carta Magna que las cárceles son para seguridad “y no para castigo” (art. 18), indicando, a partir de un estudio sistemático del texto constitucional, que aquéllos, precisamente, han considerado que las penas *constituyen un castigo*<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 13. Al recordar que sólo se debe castigar a quien, de manera culpable, ha cometido un hecho delictivo (*nulla poena sine culpa*), DONNA indica que ello únicamente es posible de acuerdo a la teoría de la *retribución* por un hecho pasado contrario al pragmatismo social preventivo (DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 322). Y, para que pueda darse la culpabilidad penal, según este tratadista, se exige, como requisito, la posibilidad de la autonomía de la voluntad y la posibilidad de que la razón práctica actúe con base en la ley. Para ello, dentro del esquema de la acción libre, el sujeto debe haber podido conocer la ley y orientar su conducta conforme a ella, además de que las circunstancias se lo permitan (DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. IV, “Teoría general del delito-III”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 50).

<sup>54</sup> GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 72, con específica referencia al pensamiento de Kaufmann. A los extremos puestos de manifiesto por el autor para considerar una *retribución* como *justa* (y siguiendo el esquema legitimador de la pena que parte de la referencia a la *prevención especial* positiva), corresponde agregar que, para la Corte nacional, la misma no debe ser obtenida a costa de la previa producción de un dolor grave a la víctima, esto es, sobre la base de una nueva victimización que ignore la lesión a elementales derechos humanos de aquélla. Ello por cuanto, lejos de reforzar la confianza en el sistema, el Estado “no haría más que demostrar su iniquidad más aberrante con el consiguiente deterioro de su imagen pública y ética” (CSJN, 11/8/09, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma E. y otros s/ sustracción de menores de 10 años –causa n° 46/85 A–”, c. G. 1015. XXXVIII, *Fallos*, 332:1835, conf. considerandos 12 y 13 del voto de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti).

<sup>55</sup> GARCÍA, Luis M., ob. cit., ps. 16 y siguientes.

<sup>56</sup> GARCÍA, Luis M., ob. cit., ps. 91 y siguientes. Coincidentemente, Mario CARRANZA también encontraba otra justificación para ese mandato constitucional. Destacando que en los procesos constitucionales de 1853/1860 era necesario defender en las provincias la paz y la forma republicana, representativa y federal, varias disposiciones fueron implementadas al efecto, como “fruto lógico y madurado del desengaño, del terror, del ambiente de inseguridad en que se había vivido”. Fue así que Alberdi, recordando los últimos veinte años de “guerra sangrienta y de crimen tras crimen”, en su proyecto colocó en el art. 19 una cláusula “que parec[ía] destinada a suavizar el reinado inquisitorial de un pueblo de fieras: ‘El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas las circunstancias. Son prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruídas’”. Los constituyentes del ‘53 matizaron la frase y alteraron el orden de los medios de ejecución, suprimiendo el fuego, lo que revela que la disposición había sido sometida a un severo examen: “Quedan abolidos toda especie de tormentos, los azotes y las ejecuciones a lanza y cuchillo. Las cárceles de la confederación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (art. 18). Llegados a 1860, la “tormenta había pasado; halagadoras claridades asomaban en el horizonte de la patria y el horror de los recuerdos se había disipado bastante. Eran además hombres de alta cultura los que sancionaban la Constitución. Ya es bastante con decir ‘quedan abolidos toda especie de tormentos y los azotes’, y se mantiene la frase referente a las cárceles sanas y limpias”

Siguiendo esta línea de razonamiento, que la pena sea considerada una *retribución justa* por el mal causado, no obstaría a que, *cuando sea privativa de la libertad*, procure la “*reforma y readaptación del condenado*” tal como estipula el artículo 5, inciso 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>57</sup>, pues, precisamente, a partir de la “pena justa” impuesta como retribución a la culpabilidad del autor, pueden operar tanto los propósitos de la prevención general como especial. Otros autores, como Patricia ZIFFER, distinguen en esta disposición convencional la presencia de la finalidad de la prevención en el Pacto de San José de Costa Rica, subrayando la obligación internacional del Estado de “orientar la *privación de la libertad* a tal objetivo”<sup>58</sup>.

Al respecto, adhiriendo a las ya aludidas “*teorías de la unión*”, ZIFFER reconoce que estas ofrecen múltiples puntos de ataque y hasta resultan incorrectas desde la teoría de la pena, pero que su dominancia no puede ser explicada desde esta perspectiva, atribuyéndole tal cualidad a que, fundamentalmente, se trata de una construcción doctrinal válida como teoría de la política criminal, que refleja el interés social y legislativo de “obtener” de la pena diferentes objetivos los cuales no siempre pueden ser alcanzados simultáneamente. De allí que, “dentro de un marco normativo como el argentino, en el que, ya en el plano constitucional, la pena es concebida como limitada por los principios de culpabilidad y de legalidad, pero a la vez, está orientada a reinserción social del condenado, la vía interpretativa para compatibilizar fines frecuentemente antinómicos sea correspondiente a la adoptada por las llamadas ‘teorías de la unión’, y que su equivalente para la determinación de la pena, la ‘teoría del ámbito del juego’: dentro del marco de la pena adecuada a la culpabilidad es legítimo perseguir fines de prevención, sea general o especial. Es decir, que la culpabilidad no sólo fundamenta la pena, sino que ella cumple la función de ‘limitar’ al Estado en su afán de ‘prevenir’ por medio de la pena concretamente impuesta al autor”<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de todas estas observaciones, a los fines de esta investigación *la pena* habrá de ser considerada, antes bien, “como el necesario restablecimiento igualitario de la situación legal, de la situación jurídica violada en su vigencia general por medio de un hecho delictivo [por lo

(CARRANZA, Mario A., *La Constitución y el régimen federal*, Imprenta Gadola, Buenos Aires, 1926, ps. 112 y ss.).

<sup>57</sup> Artículo 5.6, CADH: “*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”.

<sup>58</sup> ZIFFER, Patricia S., *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez”*, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, “Suplemento de Derecho Constitucional”, del 19/12/06, ps. 49 y siguientes.

<sup>59</sup> ZIFFER, Patricia S., ob. cit., p. 54.

que] en este sentido se trata de la superación del delito”<sup>60</sup>. Mas esta meta, como habrá de insistirse en diversos pasajes de este análisis, desde el punto de vista ético y jurídico no es posible lograrla a costa de vulnerar derechos y garantías básicos de las personas *directamente* involucradas en la cuestión: el sujeto *imputado* de haber cometido el delito y la *víctima* de ese delito.

Así, se adhiera o no a la idea de que el *derecho penal* únicamente debe actuar frente a expectativas normativas que se refieren al pasado y de ninguna manera al futuro como sostienen las teorías de la prevención, debe convenirse en que la ley penal que surge del Estado de Derecho tiende a garantizar los derechos fundamentales de la persona humana y, precisamente por esta circunstancia, como ya se apuntara, tiene que ver con su libertad. Ello por cuanto, para que la ley sea respetada por los ciudadanos, necesariamente debe ser consensuada y para que exista el derecho subjetivo o derecho humano de una persona es necesario que exista otra obligada a no violarlo, debiendo verificarse que alguien que se ocupe de velar por ese cumplimiento<sup>61</sup>.

De este modo, “es el Estado el garante de esos derechos fundamentales y la coacción y la pena tienen que ese cometido dentro del Estado de Derecho. Es el garante de este deber del otro para respetar los derechos. Ambos términos, derecho y poder, necesitan el uno del otro. Los derechos humanos sin poder son una utopía, y un poder sin derechos humanos es una tiranía”<sup>62</sup>.

#### 4. El derecho penal material

##### a) *Derecho penal subjetivo y objetivo*

Señala ROXIN que pena y medida de seguridad son “el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones”<sup>63</sup>. Y en este aspecto, al ámbito de conocimiento que intenta determinar bajo qué condiciones es legítima la amenaza y ejecución de una pena, esto es, aquello que refiere a la pretensión punitiva estatal (*ius puniendi*), un sector de la doctrina penal lo distingue como *derecho penal subjetivo*<sup>64</sup>. Así, conforme apuntaba FONTÁN BALESTRA, el *ius puniendi* constituye una *facultad* porque el Estado, y sólo él, por medio de

<sup>60</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, ps. 315 y ss., con cita de Köhler.

<sup>61</sup> Aparece así concepto de derecho-deber derivado de la teoría del pacto y a partir de la cual DONNA responde a la pregunta de por qué la coacción y de su justicia: “quien se obliga voluntariamente a algo, no puede luego quejarse si se lo compele a cumplir con lo pactado; una especie de coherencia en los propios actos lo lleva a aceptar las consecuencias de lo pactado” (DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 333).

<sup>62</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 334.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente y Remensal, Thomson Civitas, Madrid, 1997, 4ª reimpr., 2007, p. 41.

<sup>64</sup> RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 67.

sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también *deber*, porque “es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal represiva”<sup>65</sup>. En conclusión, el *derecho penal subjetivo* constituye “el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado (...) es indudablemente una *cuestión previa* a la sanción del derecho penal concreto de un Estado”<sup>66</sup>.

Distinto es el objeto de conocimiento del denominado *derecho penal objetivo*, esto es, aquel constituido por las manifestaciones concretas del *derecho penal subjetivo* contenidas en las leyes penales<sup>67</sup>, es decir “[e]l conjunto de normas que integran el sistema penal, formado por todas las leyes que establecen delitos, penas, medidas de seguridad y diversas formas de responsabilidad criminal”<sup>68</sup>. El *derecho penal objetivo* constituiría entonces “el régimen jurídico mediante el cual el Estado *sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva*”, cumpliendo una función de garantía propia del derecho penal<sup>69</sup>.

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, por su parte, en principio aclaran que el uso de la expresión “derecho penal” es equívoco, ya que con frecuencia se la emplea para designar una parte del objeto de saber del *derecho penal*, que es la *ley penal*. En tal sentido, subrayan que la imprecisión no es inocua ya que “confunde *derecho penal (discurso de los juristas)* con *legislación penal (acto del poder político)*, y por ende, *derecho penal con poder punitivo*”<sup>70</sup>. De este modo, sostienen estos autores que el *ius puniendi estatal* o *derecho subjetivo* de punir, en realidad, no existe y que prueba del fracaso de los intentos de ponerle límite material lo constituyen “los formidables esfuerzos realizados en el campo del derecho procesal, constitucional e internacional para rodearlo de limitaciones externas y formales, lo que no se asemeja en nada a la regulación de un derecho subjetivo sino que constituye un enorme arsenal normativo destinado a la contención de un poder: lejos de regular un supuesto *ius puniendi*, trata de contener una *potentia puniendi*”<sup>71</sup>.

Fuera de estas disquisiciones, la doctrina penal, o buena parte de ella, no formula mayores reparos en el momento de clasificar las normas que componen el *derecho penal* (concretamente, el *derecho penal objetivo*) en *materiales* (o *sustantivas*) y *formales* (o

<sup>65</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ª ed., Buenos Aires, 1998, ps. 14 y siguientes. En sentido similar, véase CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 5.

<sup>66</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 73.

<sup>67</sup> BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 73.

<sup>68</sup> RIGHI, Esteban, ob. cit., p. 67, con cita de Jiménez de Asúa.

<sup>69</sup> Conf. FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., p. 15.

<sup>70</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 4.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., ps. 44 y 111.



*adjetivas*). Ello, sin dejar de advertir que para autores como SOLER, estas últimas “no s[on] derecho penal sino propiamente derecho procesal, aun cuando para la efectiva aplicación de la ley penal, las formas procesales constituyan un verdadero presupuesto constitucional (*nulla poena sine legali iudicio*)”<sup>72</sup>.

### **b) Derecho penal material y derecho penal formal o procesal penal**

A partir de la sistematización formulada en el punto anterior se indica que el *derecho penal objetivo*, (o bien el derecho penal en general si se prefiere prescindir de la distinción entre *derecho penal subjetivo* y *objetivo*) comprende normas de:

1) *derecho penal material*, también llamado *derecho penal sustancial*, o simplemente *derecho penal sustantivo*, que se ocupan de las conductas conminadas con pena, sus presupuestos y consecuencias, y

2) *derecho procesal penal* (o *derecho penal adjetivo* o *derecho penal formal*), que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar<sup>73</sup>.

Así, al derecho procesal penal se lo identifica como el *derecho de forma* o *de las formas*. La “forma” es el modo de proceder en algo<sup>74</sup>, en el caso, *cómo* hacer efectivo el precepto penal material ante un planteo concreto, o, en otras palabras, *cómo* determinar en la práctica si una conducta es delictiva para eventualmente –de ser procedente– poder aplicar –o no– una sanción y observar su cumplimiento<sup>75</sup>.

De esto último que, en cierto modo, también responde al interrogante “cómo”, concretamente, en lo que respecta al modo en que se ejecuta *la pena* impuesta por la sentencia pronunciada en la sentencia definitiva o *cómo* se cumple la *medida de seguridad* aplicada, se ocupa el *derecho de ejecución penal*, o *derecho penal ejecutivo*, o *derecho ejecutivo penal*,

<sup>72</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I., actualizado por Guillermo J. Fierro y Manuel A. Bayala Basombrío, 5ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987, p. 3. Para el citado tratadista una norma del derecho es una norma penal cuando su sanción asume carácter retributivo, de modo que “derecho penal es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva”. A diferencia de estas –siempre según SOLER–, la sanción procesal más característica es la nulidad (reposición al *status quo ante*), más allá de en una ley procesal como en cualquier otra, pueda haber disposiciones penales aisladas (multas). Así, “la relación que media entre derecho penal y derecho procesal no es diferente de la que media entre derecho civil y derecho procesal civil, y nadie duda de que éste último *no* es derecho civil” (p. 3).

<sup>73</sup> Conf. RIGHI, Esteban, ob. cit., p. 67, con cita de ROXIN.

<sup>74</sup> El propio Diccionario de la Real Academia Española que define al término “forma” en el sentido expuesto, en otra de sus acepciones consigna que aquél constituye el “conjunto de cuestiones procesales en contraposición al fondo del pleito o causa”.

<sup>75</sup> Sobre los caracteres definitorios del *derecho procesal penal* habrá de ahondarse en el Capítulo siguiente.



que, sin embargo, más allá de señalarse que es independiente del *derecho procesal penal* y subordinado al *derecho penal material o sustancial* encargado de disponer sobre las penas y las medidas de seguridad<sup>76</sup>, constituye un *saber jurídico autónomo* que, de todas formas, también integra el *sistema penal* bajo el mandato de la Constitución<sup>77</sup>.

El *derecho penal material* constituye en consecuencia el derecho de fondo, siendo que ese *fondo* o la *sustancia* están compuestos por las normas abstractas que establecen *el qué*. Como ya se analizara: *qué* proposiciones que pertenecen al ámbito del *deber ser* corresponde que encuentren su reconocimiento en las leyes penales, para obligar o prohibir conductas a todos los miembros de la comunidad jurídica, con el fin de proteger determinados bienes jurídicos, bajo amenaza de imponer una sanción específica.

En otros términos, *qué* conductas u omisiones constituyen *delitos*; *qué consecuencias jurídicas* ocasionan (penas o medidas de seguridad) y *qué presupuestos* habilitan la aplicación de una sanción penal o de una medida de seguridad<sup>78</sup>.

Claro está que tanto el *derecho penal material*, como el *derecho penal formal o procesal penal*, en el momento de definir respectivamente el *qué* y el *cómo* están completamente subordinados al *derecho constitucional*, por añadidura al *derecho internacional de los derechos humanos*<sup>79</sup> e inclusive al *derecho penal internacional*, este último en oportunidad de hacer referencia y precisar, tanto los alcances de los llamados *delitos de lesa humanidad*, como de otros “crímenes” (en nuestra cultura jurídica, “delitos”) reprimidos por aquél<sup>80</sup>.

Por su parte, aun cuando existen criterios insoslayables de *validez temporal y espacial* de la *norma penal material* que también son definidos por el *derecho constitucional*, el *derecho internacional de los derechos humanos*, el *derecho penal internacional* y el propio

<sup>76</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. I, “Parte general”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, p. 12. Como se considerará más adelante, los publicistas nacionales contemporáneos dedicados al estudio particular del *derecho de la ejecución penal* coinciden en señalar que sus normas son indiscutiblemente *de orden penal* e integran el *derecho común* (véase Capítulo I de la Tercera Parte).

<sup>77</sup> Conf. ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 176. Señalan los citados autores que las normas del *derecho de la ejecución penal* regulan un objeto distinto al que ocupa al saber penal pues “no es el saber que busca poner límites al poder punitivo que lleva a un pronunciamiento que habilita la continuación de un proceso de criminalización secundaria, sino de un saber que limita el poder punitivo que se ejerce en el trato que recibe una persona sometida a un sufrimiento en su tiempo existencial”. De esta suerte, si bien aquél se encuentra subordinado ideológicamente al saber penal, pues debe regirse conforme a todos los principios interpretativos que obligan al *derecho penal* en sentido estricto, su función se centra en “un saber reductor del poder punitivo en el curso de la concreta inflicción del sufrimiento declarado en la sentencia” (p. 174).

<sup>78</sup> En sentido similar véase, NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, ob. cit., t. I., p. 17.

<sup>79</sup> En punto al *derecho penal material*, recuérdese que las decisiones valorativas que se traducen en la ley penal surgen de una valoración previa a la norma que tienen como fuente la razón, por una parte y la Norma Fundamental por la otra (conf. DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, ps. 199 y ss.).

<sup>80</sup> Sobre esta distinción terminológica habrá de avanzarse en los párrafos que siguen (véase punto 4, c, I)

*derecho penal material*, tal como habrá de analizarse en este mismo capítulo, en lo que respecta al contenido del interrogante *cuándo*, o mejor dicho, *hasta cuándo* (se puede aplicar una sanción), mientras algunos opinan que su respuesta le concierne, exclusivamente, al *derecho penal material*, otros piensan que aquélla es una cuestión *procesal penal*, criterio al que aquí se adhiere, como verá más adelante<sup>81</sup>.

Por último, sin dudas el *dónde* viene impuesto directamente por el *derecho constitucional* (y en la actualidad también por el *derecho penal internacional* dentro su marco concreto de intervención vinculado a los específicos graves “*crímenes*” de trascendencia para la comunidad internacional<sup>82</sup>), ya que el artículo 75, inciso 12 de la Constitución nacional si bien faculta al Congreso Nacional a dictar el Código Penal, aclara que dicho instrumento normativo no puede alterar las jurisdicciones locales, “*correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*”<sup>83</sup>.

De modo que como bien advertía NÚÑEZ<sup>84</sup>, más allá que cada una de las ramas constitutivas de lo que en su totalidad se comprende bajo el título de *derecho penal*, esto es el *derecho penal sustantivo (material)* y el *derecho procesal penal*, pertenezcan al *derecho penal* como tronco común, al menos admiten un estudio independiente. Ello no implica negar su interdependencia determinada tanto por su origen común y por su subordinación axiológica y material a la Constitución, como, sobre todo, por su mutua relación existencial, que determina la imposibilidad de desarrollo de sus respectivos saberes ante la eventual ausencia del otro<sup>85</sup>.

### **c) La bipartición de las infracciones penales**

El derecho positivo argentino no contiene ninguna regla que, expresamente, enuncie un criterio para dividir o clasificar el *derecho penal material* o *sustantivo* —específicamente sus infracciones— en ramas o categorías, lo que no implica afirmar que aquél rechace esa división. Por el contrario, se señala que la distribución de las facultades legislativas penales entre la

<sup>81</sup> Véase Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>82</sup> Conf. Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>83</sup> Aquí también se verifica la conjunción de diversos principios de *validez espacial* determinados por la norma penal sustantiva, sin perjuicio de lo cual, en lo que atañe al *principio de territorialidad*, la norma constitucional apuntada constituye el norte desde donde parten las demás disposiciones penales materiales o procesales vinculadas al tema. Sobre estos extremos habrá de volverse en Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>84</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 12.

<sup>85</sup> Sobre la aludida interrelación entre el *derecho penal material* y el *derecho procesal penal* habrá de profundizarse en el Capítulo III de la Primera Parte.

Nación y las provincias (objeto central de esta investigación), por un lado, y la división del poder legislativo penal de la Nación en “común” y “especial” o “federal”, por otro, imponen conceptual y prácticamente esa distinción<sup>86</sup>.

Aun cuando ha devenido el significado de que *el saber del derecho penal material* se ocupa –entre otros elementos– de los *delitos*, es importante recordar que una larga tradición jurídica ha puesto en uso otros términos referidos a la distinta gravedad que la infracción puede asumir: *crimen*, *delito* y *contravención*.

Analizando el tópico, SOLER afirmaba que este criterio de gravedad ha determinado diferentes sistemas, según se acuerde valor y eficacia a la distinción entre *crímenes* y *delitos*. Denominaba así *sistema de tripartición*, al que admite tres niveles de gravedad (crímenes, delitos y contravenciones) y de *bipartición* al que solamente distingue sólo los dos últimos citados, incluyendo en la primera categoría a toda clase de infracciones penales graves<sup>87</sup>. Desde ya corresponde adelantar que, aunque la normativa *penal* argentina asume este último sistema, la Constitución nacional –en virtud de la época para la que fue originalmente sancionada– distingue los *crímenes* de los *delitos*.

## I. CRÍMENES Y DELITOS

La tripartición de las infracciones penales en *crímenes*, *delitos* y *contravenciones* se divulgó a partir del Código de Napoleón, pero tiene antecedentes mucho más lejanos que pueden remontarse a la *Carolina* de 1532 y otros códigos preliberales y, como toda sistematización legal de las infracciones penales, respondía a una clasificación de las penas<sup>88</sup>. Así, la distinción entre *crimen* y *delito* resultaba importante pues, más allá de establecer diferenciaciones conforme a la mayor o menor gravedad de la infracción de acuerdo con la apreciación legislativa<sup>89</sup>, sobre todo acarreaban consecuencias penales diferentes como, por ejemplo, la *pena aflictiva e infamante*, prevista por el Código Penal francés de 1810 para los

<sup>86</sup> Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 14.

<sup>87</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 292.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 177. Según MANZINI, la distinción entre *crímenes* y *delitos* proviene del *Grand Coutumier* de Carlos VI, usándose para separar los delitos más graves de los menos, y al generalizarse, tuvo cabida en el Código Penal francés de 1810, que añadió la categoría de las contravenciones (conf. MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho penal*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948, t. II, nota en p. 63, cit. por LEVENE, Ricardo (h.), *Delitos y contravenciones. Aplicabilidad a estas últimas de las disposiciones generales del Código Penal*, en “Revista de Derecho Procesal”, Hugo Alsina (director), Ediar, Buenos Aires, volumen 1951-2, p. 17).

<sup>89</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 14. Tomando como referencia nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española, éste define a los *crímenes* como *delitos graves*.

crímenes; la *pena correccional* establecida para los delitos y la *pena de policía* aplicable a las contravenciones<sup>90</sup>.

Históricamente la doctrina ha observado con recelo la bipartición entre *crímenes* y *delitos*, cuestionando que la mayor gravedad de la pena no sólo no permite conocer los rasgos permanentes del *crimen* frente al *delito* y que además, en un caso concreto, puede resultar que lo que legislativamente es un *crimen* puede presentar menos elementos de gravedad y reprobación que lo que constituye un *delito*<sup>91</sup>.

El Código Penal vigente, aun cuando en todo su desarrollo no formula distinción alguna en tal sentido, indudablemente opta por el concepto de *delito*<sup>92</sup> descartando la noción de *crimen*<sup>93</sup>. De esta suerte, si bien la distinción entre *crimen* y *delito*, en principio, no resultaría relevante en la actualidad para el derecho penal argentino<sup>94</sup> –aun teniendo en cuenta los denominados “crímenes del derecho penal internacional” reconocidos por él–, lo cierto es que para la época de la sanción de la Constitución histórica (1853/1860) ésta revestía particular interés, a punto tal que ello se reflejó en algunas de las cláusulas constitucionales que consignaron expresamente el término “crimen”, que en ninguna de ellas fue suprimido en la reforma de 1994:

a) art. 15: en cuanto establece que el contrato de compraventa de personas es un *crimen* del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice;

<sup>90</sup> Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 16, y SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 292.

<sup>91</sup> Conf. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 16, con cita de Carrara.

<sup>92</sup> Precisamente, el Libro Segundo del Código Penal, dedicado a la tipificación de las infracciones penales se titula “*De los delitos*”.

<sup>93</sup> Si bien el Capítulo IV del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, se denomina “*Apología del crimen*”, el tipo penal por él contenido, esto es, el art. 213, establece que “*será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito*” (el destacado me pertenece).

<sup>94</sup> NÚÑEZ reconocía que, aunque el asunto no exima de complicaciones, en los países en los cuales la tripartición ha sido consagrada legislativamente, ella tiene evidentes finalidades prácticas en el derecho sustantivo y procesal, vgr., respecto de la competencia, extradición, tentativa, complicidad, concurso de infracciones, etc. (NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 16). Igualmente, SOLER afirmaba que la adopción del sistema tripartito se formulaba sobre la base de un “criterio puramente extrínseco y determinado por consecuencias prácticas, especialmente relacionado con la competencia de los tribunales” (SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 292). Siguiendo esta idea, más allá de que en la Argentina no existe tal distinción entre *crímenes* y *delitos*, en el *Derecho procesal penal* se verifica una clasificación similar, también motivada precisamente por razones prácticas y basada en la penalidad de los *delitos*, distinguiéndose, por ejemplo, en el ordenamiento nacional, entre *delitos criminales* (reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de tres años) y *delitos correccionales* (reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de tres años, o reprimidos con pena no privativa de libertad) para asignar competencia en razón de la materia (vgr., arts. 26 y 27, CPPN).

b) art. 53<sup>95</sup>: que consagra el derecho de la Cámara de Diputados de acusar, ante el Senado, al Presidente, Vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los Ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, entre otros motivos, por la comisión de *crímenes comunes*;

c) art. 69<sup>96</sup>: que dispone la prohibición de arresto de los senadores y diputados, desde el día de su elección hasta el de su cese, excepto en caso de que sean sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de algún *crimen que merezca la pena de muerte, infamante u otra afflictiva*, y

d) art. 118<sup>97</sup>: en cuando ordena que *todos* los juicios “*criminales ordinarios*”, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados deben culminarse por jurados.

La abolición de todas las modalidades de servidumbre que pudieran presentarse en el territorio argentino y la consideración como *crimen* de cualquier tipo de actividad comercial vinculada con la esclavitud, consagradas en el texto constitucional de 1853, tienen como antecedente inmediato la prohibición de ingreso de esclavos dispuesta en 1812<sup>98</sup> y, luego, a la Asamblea de 1813 que decidió la denominada “libertad de vientres” de todos los nacidos desde el 31 de enero de 1813. En tal sentido, el decreto del 2 de febrero de 1813 del Poder Ejecutivo Provisorio que concretó dicha medida consignaba que la esclavitud de los niños que nacían en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata constituía un acto “tan desdoroso, como ultrajante a la humanidad”<sup>99</sup>.

En lo que atañe al resto de las mandas contempladas por la ley constitucional, haciendo referencia al vocablo “*crimen*”, la doctrina mayoritaria admite que el legislador constituyente con su consignación pretendió plasmar una clara distinción entre *crímenes* y *delitos*, resultando de especial interés, a los fines de esta investigación, el último de los preceptos suprallegales enunciados (art. 118) en cuanto determina que para el legislador constituyente “en materia penal, [al menos] los *crímenes*, delitos de extrema gravedad, deben ser juzgados por jurados”<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Corresponde al art. 45, Constitución de 1853/1860. En 1994, este artículo fue expresamente modificado agregándose, por ejemplo, la figura del Jefe de Gabinete de Ministros y suprimiéndose a los “demás Tribunales inferiores de la Nación”.

<sup>96</sup> Corresponde al art. 61, Constitución de 1853/1860; este artículo no fue reformado en 1994.

<sup>97</sup> Corresponde al art. 102, Constitución de 1853/1860; este artículo, tampoco fue objeto de variaciones en 1994.

<sup>98</sup> Conf. GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed., ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 134.

<sup>99</sup> Conf. SABSAY, Daniel A., “La abolición de la esclavitud”, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Daniel A. Sabsay (director) y Pablo L. MANILI (coordinador), Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 597 y siguientes.

<sup>100</sup> MAIER, Julio B. J., “El juicio por jurados”, en AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina...*, t. I, p. 1040. Sobre este tema –trascendental para esta investigación– se volverá en el Capítulo V de la Segunda Parte.



Además de esta significativa particularidad, es dable recordar que en la República Argentina la *pena de muerte*, en la actualidad, está prohibida para cualquier tipo de *delito* (y por ende, también para cualquier “*crimen*”, en términos de la Constitución) precisamente por normas con jerarquía constitucional<sup>101</sup>. Con relación a las penas *aflictivas e infamantes* —que constituyen la consecuencia del *crimen*— inveterada jurisprudencia ha puesto de resalto que a los fines de su caracterización se debe tener en cuenta “los antecedentes de nuestra historia constitucional y a las ideas dominantes en materia penal en la época en que se dictó la constitución”<sup>102</sup>. Mientras que la *pena infamante* tampoco está prevista por el ordenamiento penal nacional (aunque a ella se refiera la Constitución, directamente en el art. 29 —concesión de facultades omnímodas al Poder Ejecutivo nacional— e, indirectamente en el art. 119 —traición a la Patria—), señalan ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR que la expresión *pena aflictiva* es en la actualidad redundante pues “no hay pena que *no cause tristeza o pena* o que, al menos no sea susceptible de causarlas”, salvo que se la interprete como pena *degradante*, que, en todo caso, sería inconstitucional<sup>103</sup>.

De este modo, si bien no cabe deducir que el legislador nacional se encuentre obligado a establecer una pena de privación de libertad calificada (vgr., mantener la reclusión) para sancionar e identificar las conductas por las cuales un legislador nacional puede ser *arrestado* al ser sorprendido “*in fraganti*” en su comisión (art. 69, CN), a través de una interpretación progresiva del mandato constitucional, puede concluirse que dicho proceder sólo resulta viable frente a *infracciones penales de cierta gravedad*, señalándose *a priori* que estos delitos serían los que “no admit[en] condenación condicional ni ningún otro beneficio que permita evitar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión”<sup>104</sup>. En cambio, para SOLER, si bien en principio “basta (...) que la pena correspondiente sea privativa de libertad”, “debe[ ] tratarse

<sup>101</sup> Conf. art. 18, CN (que desde su sanción en 1853 abolió “*para siempre*” la pena de muerte por causas políticas) y los arts. 4º, CADH, y 6º, PIDCyP (que, entre otros extremos, impiden restablecer la pena de muerte en los países que la han abolido, tal como el caso argentino). En materia de pena de muerte, la República Argentina además se constituyó en un país totalmente abolicionista al haber derogado el Código de Justicia Militar —ley 14.029 y sus modificatorias— (conf. ley 26.394, sancionada el 6/8/08; promulgada el 26/8/08 y publicada en el Boletín Oficial el 29/8/08) que contemplaba la pena capital para ciertos delitos militares, ratificando además el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte (conf. ley 26.380, sancionada el 21/5/08; promulgada el 12/6/08 por aplicación del art. 80, CN, y publicada en el Boletín Oficial el 13/6/08), depositando el mismo ante la Organización de Estados Americanos (OEA) el 5/9/08.

<sup>102</sup> Conf. SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 294, nota 6. Los fallos a los que se hace mención son “Saccone” y “Cantoni”, resueltos por la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en 1926 y 1929, respectivamente (Rev. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Argentina, t. 29, ps. 137 y ss.).

<sup>103</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 194.

<sup>104</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 194.



de un crimen grave, de los que pueden determinar una condena superior a cinco años de prisión”<sup>105</sup>.

Pero es desde el examen de la génesis de los artículos 53 (referido al juicio político) y el 118 (relacionado con el juicio por jurados) de la Constitución nacional de donde Gustavo BRUZZONE determina con mayor claridad que los constituyentes originarios pretendían distinguir (al menos, en el texto constitucional) a los *crímenes* de los *delitos*<sup>106</sup>. Ello a partir de los propios antecedentes y debates simultáneos a la conformación del documento constitucional histórico de 1853/1860<sup>107</sup>:

a) En lo que respecta al vigente artículo 118 (en 1853, art. 99, y en 1860, art. 102) que, entre otros extremos determina: “*Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados*”, más allá de que el mismo no haya sido tomado de manera directa de la Constitución estadounidense sino de la Constitución Federal venezolana de 1811 (art. 117)<sup>108</sup>, de todos modos, reconoce como fuente principal a la manda constitucional norteamericana<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 293. En igual sentido: BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, 2ª reimpr., Ediar, Buenos Aires, 2005, t. III, ps. 83 y ss. Para el citado constitucionalista “el uso de la palabra ‘crimen’ no debe preocuparnos demasiado, ni llevarnos necesariamente a la tripartición de las infracciones en ‘crímenes’, ‘delitos’ y ‘contravenciones’ (o faltas). Si nuestro derecho penal actual no recepciona la dicotomía de ‘crimen’ y ‘delito’, debemos omitir las interpretaciones gramaticales o literales, y más bien entender que donde el constituyente escribió ‘crimen’ debe leerse simplemente ‘delito’. Con todo, reconoce que al correlacionar el vocablo “crimen” con las penas que enumera la norma (de muerte, infamante, o afflictiva) “es fácil comprender que el autor de la constitución apuntó con esas expresiones a incriminaciones de gravedad, cualquiera será su nombre en la legislación penal del momento” (p. 83). Según BIDART CAMPOS, en el derecho penal de hoy, no son *afflictivas* las penas que *no* privan de la libertad corporal y sí lo son –como opinaba SOLER– aquellas que exceden los cinco años de privación de libertad (p. 84).

<sup>106</sup> BRUZZONE, Gustavo A., “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su Constitución nacional desde 1853?”, en AA.VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, ps. 33 y siguientes. En sentido similar: SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 393.

<sup>107</sup> Tales antecedentes y en especial lo vinculado con los orígenes del jurado en la Argentina (al respecto, véase el desarrollo efectuado en el Capítulo V de la Segunda Parte), resulta de particular interés a los fines de demostrar las hipótesis general y específicas objeto de esta investigación. De modo que sobre este punto específico (la distinción entre *crímenes* y *delitos* para el constituyente) se impone profundizar el análisis.

<sup>108</sup> Aun cuando el texto del actual art. 118 haya sido tomado del art. 117 de la Constitución venezolana nada conmueve a la conclusión que aquí se arriba, pues la distinción utilizada para diferenciar *crímenes* de *delitos* también era imperante en ese país para la época (conf. BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 179).

<sup>109</sup> Tanto la Sección Segunda del art. III, como la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América hacen referencia al *juicio por jurados*: “The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the state where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any state, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed” (art. cit., III, párr. 3º). Por su parte, la Sexta Enmienda determina: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”.

b) Así, aun cuando las disposiciones constitucionales estadounidenses establecen literalmente que el juicio, o mejor dicho, el enjuiciamiento de todos crímenes (*The trial of all crimes*), a excepción de los casos de *impeachment* (juicio político) será por jurados (*shall be by jury*) –art. 3º, Secc. 2– y que en todas las persecuciones criminales (*In all criminal prosecutions*) el acusado goza del derecho a un juicio rápido y público realizado por un jurado imparcial del Estado y del distrito donde se hubiera cometido el crimen, en la tradición jurídica anglosajona el juicio por jurados nunca fue pensado para la resolución de *todos* los asuntos penales o, incluso, para todos aquellos supuestos en donde el Estado quiera imponer una sanción penal. Siempre se lo consideró como una institución erigida como un *derecho*<sup>110</sup> o privilegio del acusado, pensada para la resolución de los casos penales más graves e importantes, extremo determinado desde el punto de vista punitivo<sup>111</sup>.

c) Sin ingresar en cuestiones que hacen al reparto del poder federal en ese país, fue en el precedente “Duncan v. Louisiana” fallado en 1968<sup>112</sup> en donde la Suprema Corte estadounidense sostuvo que la obligación constitucional del *juicio por jurados* sólo se verificaba respecto de los *delitos graves*, entendiendo con ese carácter a toda infracción estatal que estableciera, como consecuencia, una pena de prisión de dos años<sup>113</sup>. De todos modos, corresponde reiterar que, en 1930, en “Patton v. United States”<sup>114</sup> dicho tribunal había adelantado que el jurado debía ser considerado un *derecho* o privilegio del acusado (por lo

<sup>110</sup> Conf. HENDLER, Edmundo S., “El juicio por jurados ¿derecho u obligación?”, en AA.VV., *Juicio por jurados...*, ps. 231 y ss., con cita del precedente de la Corte estadounidense “Patton v. United States” de 1930 (280 U.S. 276). En contra de esta tesitura, véase entre otros, voto en disidencia del juez Mario Magariños en TOCrim Nº 23, 23/12/97, “Osorio Sosa, Apolonio s/tentativa de robo calificado por el uso de armas, etc.”, causa 451, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-B, ps. 795 y siguientes.

<sup>111</sup> BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 169. Agrega este autor (p. 169, nota 171) que la particularidad apuntada parece verse corroborada por la Enmienda V de la Constitución estadounidense, que veda la posibilidad de juzgamiento por un hecho del que pueda derivar la pena de muerte o infamante si no hay intervención previa del Gran Jurado: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger”.

<sup>112</sup> 391 U.S. 145 (1968).

<sup>113</sup> El caso “Duncan v. Louisiana” resulta además de particular importancia por cuanto la Corte estadounidense extendió la garantía de la Sexta Enmienda, de inmediata aplicación en el orden federal, al de los estados locales. Fue en este mismo precedente donde, a través del voto mayoritario encabezado por el juez White, dicho Tribunal, en términos concisos y de fácil entendimiento para cualquier lego, demostró cómo el jurado disminuye el poder de los agentes que pertenecen al Estado. Allí se sostuvo que el jurado no solo provee una inestimable salvaguarda contra una fiscalía corrupta o exageradamente incisiva y contra un juez excéntrico o parcializado, sino que además refleja una insistencia en la participación de la comunidad en la determinación de la inocencia o la culpabilidad (conf., en este mismo sentido: BIANCHI, Alberto B., *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 86 y ss.).

<sup>114</sup> 280 U.S. 276 (1930).

tanto renunciable), admitiendo que, más allá de lo establecido en la letra textual del artículo 3º de la Constitución americana, *no todos* los juicios penales son por jurados<sup>115</sup>.

d) Con posterioridad a “*Duncan v. Louisiana*” (donde se fijó el “piso” de dos años) la cuestión fue redefinida en relación al concepto de *petty offenses* (delitos menores) en “*Baldwin v. New York*”<sup>116</sup> para concluirse, por unanimidad en 1989 en “*Blanton v. City of North Las Vegas*”<sup>117</sup> que en todo asunto en donde la pena que se encontrara en discusión superara los seis meses de privación de la libertad, alcanzaba al derecho a ser juzgado por un jurado<sup>118</sup>. Con todo, señala Alberto BIANCHI<sup>119</sup> que, en algunos estados locales, existe la posibilidad de que los casos de delitos menores sean juzgados, primero, ante un juez profesional y luego nuevamente por un jurado. No se trata en realidad de una apelación, sino de un nuevo juicio (*trial de novo*), pues las pruebas aportadas en el primer proceso no pueden ser utilizadas en el segundo. La inconstitucionalidad de este sistema fue planteada en “*Ludwig v. Massachusetts*”<sup>120</sup>, argumentándose que implicaba una carga procesal exagerada que impedía la realización del juicio por jurados. La Corte rechazó el planteo de inconstitucionalidad, sosteniendo, en primer lugar, que el acusado no había probado en los hechos que hubiera una demora excesiva en este sistema y, segundo, que en caso de querer abreviarlo, podía admitir los hechos que se le imputaban y pasar así a la segunda etapa. La minoría en disidencia sostuvo, en contra de esta afirmación, que aun cuando de derecho la primera condena no influye en el jurado, de hecho tiene su peso en el futuro veredicto.

e) En el ámbito nacional, precisamente fue al caso “*Duncan v. Louisiana*”, al que recurrió el juez HENDLER (ferviente defensor de la institución del jurado) en su voto en el fallo “*Fainstein*”<sup>121</sup> para fundamentar que la implementación del *juicio por jurados* sólo se extiende a los *delitos de mayor gravedad*<sup>122</sup>. Allí trajo a colación lo que ocurre en el Reino

<sup>115</sup> Aun autores estadounidenses sumamente críticos del sistema actual que virtualmente abolió la institución del jurado por la práctica del *plea bargaining* (negociación del fiscal con el imputado, por el cual aquel realiza concesiones a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado, quien así resigna su derecho al juicio), reconocen que el jurado está planteado para casos graves y que su germen en el derecho angloamericano y posterior traslación a la Constitución de los EE.UU. responde a procedimientos penales realizados a ambos lados del Atlántico para resolver “los casos penales de cierta gravedad” (conf. LANGBEIN, John H., *Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados*, trad. por Alberto Bovino y Christian Courtis, en “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. A-1996, p. 46).

<sup>116</sup> 399 U.S. 66 (1970).

<sup>117</sup> 489 U.S. 538 (1989).

<sup>118</sup> BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 169.

<sup>119</sup> BIANCHI, Alberto B., ob. cit. ps. 90 y siguientes.

<sup>120</sup> 427 U.S. 618 (1976).

<sup>121</sup> CNPenal Económico, Sala II, 22/9/88, “*Fainstein*, Jaime Isidoro s/art. 302, Cód. Penal”, causa 27.335, reg. 221, folio 383/88.

<sup>122</sup> Parte de las críticas a la remisión que efectuara HENDLER al citado precedente de la Corte estadounidense destacaban el hecho de que en el caso local fallado (por un libramiento irregular de cheques) la penalidad en

Unido donde se distinguen aquellos delitos que requieren una acusación (*indictable offences*); en Francia, donde la competencia de las cortes integradas con jurados, que deriva de la clasificación tripartita de *crímenes*, *delitos* y *contravenciones*, se ciñe a los crímenes, y a lo acontece en Italia y Alemania para la conformación de tribunales integrados con jueces legos de acuerdo a la gravedad del asunto (*giudice del popolo* y *escabinos*, respectivamente).

f) Un sistema también restrictivo de la competencia del jurado, aunque no necesariamente basado en la gravedad de la infracción (*criterio cuantitativo*), sino consignando de manera expresa un catálogo de los delitos sobre los que aquél puede entender (*criterio cualitativo*), es el que prevén otras legislaciones como, por ejemplo, la española. La *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado* 5/1995 y sus modificatorias y el Código Penal fijan la competencia del *Tribunal del Jurado* (autorizado por el art. 125 de la Constitución española) exclusivamente para *delitos* y no para *faltas* (salvo, en principio, de las incidentales), y siempre que se trate de algunas de las infracciones penales detalladas por tales disposiciones, imponiendo así un *numerus clausus*<sup>123</sup>. Además, en algunos supuestos (vgr., en los “Delitos contra las personas”, rúbrica modificada por el Código Penal por el título “Del homicidio y sus formas”) la ley exige que el delito haya sido consumado para que aquél pueda intervenir. El caso brasileño es similar. El jurado (*jury*), reconocido por la Constitución Federal (art. 5º, inc. XXXVIII), en principio, está previsto por dicha ley fundamental para los “delitos dolosos contra la vida”<sup>124</sup> (vgr.: genocidio<sup>125</sup>, homicidio, instigación o auxilio al suicidio, infanticidio, aborto<sup>126</sup>), hayan sido consumados o tentados<sup>127</sup>, y sus delitos conexos, aunque aquélla

USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

abstracto podía llegar hasta los cuatro años de prisión más cinco de inhabilitación especial, lo cual contradecía el “piso” de dos años de prisión fijado en “Duncan v. Louisiana” (en este sentido véase BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 169, y GULLCO, Hernán V., *El juicio por jurados y la Constitución nacional*, en “Doctrina penal”, año 12, Depalma, Buenos Aires, 1989, n°s 46 y 47, p. 415).

<sup>123</sup> Conf. art. 1º de la LOJT (Ley Orgánica Del Tribunal del Jurado) y Disposición Final Segunda del Código Penal. La doctrina española es crítica del sistema escogido por el legislador para definir la competencia del jurado, afirmando que no se sigue “para dicha atribución ningún criterio objetivo (entidad del delito, incidencia social, gravedad de las penas, etc.) [y que], podrían haber sido, pues, los que son, u otros”, siendo que el porqué de estos delitos y no de otros no halla justificación ni explicación alguna (conf. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J., “La historia de la participación popular en la justicia de España”, en AA.VV., *Juicio por jurados...*, p. 371. En igual sentido: PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Sobre la participación popular en la justicia penal”, en AA.VV., *Juicio por jurados...*, ps. 304 y ss.).

<sup>124</sup> Conf. arts. 5º, inc. XXXVIII, apartado d, de la Constitución Federal; 74, § 1º del Código Procesal Penal (aplicable a todos los estados que conforman la Unión); 1º, inc. a de la ley 2889; 401 del Código Penal Militar, y 29 de la Ley de Seguridad Nacional).

<sup>125</sup> Art. 1º, inc. a, ley 2889.

<sup>126</sup> Arts. 121 al 127, Cód. Penal.

<sup>127</sup> Conf. art. 74, § 1º, Código Procesal Penal.



permite que, a través de una ley inferior (ordinaria), se amplíe eventualmente esa competencia para el juzgamiento de otros delitos<sup>128</sup>.

g) Más allá de estas singularidades propias de la organización del jurado de otros países, lo cierto es que el legislador constituyente argentino, en el momento de imponer dicha institución en la Carta Magna nacional, tuvo expresamente en cuenta la distinción tripartita del Código Penal francés<sup>129</sup>, extremo también puesto de manifiesto por el propio juez Hendler en el fallo “Demarco”<sup>130</sup>, posterior al ya aludido “Fainstein”. Allí afirmó que “si bien es cierto que la cláusula del art. 102 [actual 118] de la Constitución nacional alude ‘a todos los juicios criminales’ esta última expresión tiene un claro sentido evocativo de la división tripartita de las infracciones penales en la que la distinción se basa en su mayor o menor gravedad y en que la voz ‘criminales’ se reserva para los delitos más graves”. Asimismo agregó: “Aunque nuestra legislación no adopta la división tripartita ni hay en ella distinción entre crímenes y delitos, la utilización del vocablo en el texto constitucional sirve de guía interpretativa”<sup>131</sup>.

h) En lo que atañe al artículo 59 de la Constitución referido al juicio político, BRUZZONE señala que lo debatido a su respecto en 1860 en la Convención del Estado de Buenos Aires encargada de examinar la Constitución federal de 1853, también surge que la distinción entre *crímenes* y *delitos* se encontraba presente en el pensamiento de los constituyentes por influencia del derecho francés<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Conf. MIRABETE, Julio F., *Código de processo penal interpretado. Referências doutrinárias. Indicações legais. Resenha jurisprudencial*, 7ª ed., atualizada até setembro de 1999, São Paulo, Editora Atlas, 2000, ps. 264 y siguientes. En igual sentido: FÜHRER, Maximilianus C. A., y FÜHRER, Maximiliano R. E.o, *Resumo de processo penal*, 23ª ed. atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 114. La ley penal brasilera también prevé una categoría de crímenes (delitos) a los que denomina “hediondos” (repugnantes) como, por ejemplo, los homicidios calificados o practicados por grupos de exterminio, el latrocinio, la extorsión calificada por el resultado muerte, la extorsión mediante secuestro o calificada, el abuso sexual con acceso carnal (“estupro”), etc. (conf. ley 8072). Conforme el propio texto constitucional (art. 5º, inc. XLIII), los responsables de estos delitos – y otros que el propio artículo enumera –, no gozan de ciertas prerrogativas como, por ejemplo, la posibilidad de ser amnistiados o indultados o bien se les aplican impedimentos relativos a la libertad provisoria.

<sup>129</sup> En sentido similar: CARRANZA, Mario A., ob. cit., p. 29.

<sup>130</sup> CNPenal Económico, Sala II, 2/6/89, “Incidente de excepción de falta de jurisdicción en causa 15.593”, causa 28.052, reg. 118, folio 206/89.

<sup>131</sup> En este precedente, Hendler se apartó del argumento de la mera amenaza de la pena en abstracto para justificar la intervención del jurado, recurriendo a otras variables que BRUZZONE censura por considerarlas imprecisas y discrecionales, tales como la reiteración delictual de la conducta; la potencial aplicación de una condena de ejecución condicional (art. 26, Cód. Penal) o la existencia o no de previsión legal de una regla concursal de subsidiariedad (conf. BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 175). Tiempo después en “Martellos” (CNPenal Económico, Sala II, 30/4/91, “Martellos, Gino A. s/art. 302, Cód. Penal”, causa 29.447, reg. 90, folio 231/91), Hendler volvió sobre “Ducan v. Luisiana”, pero sólo para afirmar la necesidad de ponderar “la gravedad del delito que condiciona el ejercicio del derecho” a ser juzgado por un jurado basado, entre otras cuestiones, en la circunstancia de resultar excepcional la imposición de penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento”. Por ello concluye en que “quien se enfrenta a una privación de libertad efectiva (...) debe considerarse que el derecho que la Constitución acuerda a ser juzgado por jurados no puede serle denegado”.

<sup>132</sup> Las constancias de lo allí debatido puede hallarse en RAVIGNANI, Emilio *Asambleas Constituyentes Argentinas*, publicación del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la

i) Allí se discutió como causal de la producción de aquél la inclusión de los *crímenes comunes* junto con los *grandes crímenes*, ya que el artículo originario (art. 41) se refería exclusivamente a los delitos graves: traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución “ú otros que merezcan pena infamante ó de muerte”. Se entendía que constituía un privilegio inadmisibles que se excluyeran los delitos comunes, que eran los que con mayor frecuencia se podían cometer<sup>133</sup>, y que sólo se vislumbraba la posibilidad de llevar adelante un juicio político a los funcionarios comprendidos “cuando algún hecho criminal ante las leyes comunes los haga reos de muerte”<sup>134</sup>.

j) De las actas de la Comisión Examinadora surge que el original artículo 41 era concebido como un “tejido de incongruencias y de errores” y que equivocaba el carácter y objeto del juicio político, señalándose que ello se debía a que los constituyentes de 1853 habían “confundido los crímenes de un carácter meramente político y el mal desempeño de las funciones del empleo de los acusados ante el Senado, con los crímenes ordinarios, que son los que merecen la pena infamante o de muerte, dejando por el contrario sin responsabilidad por sus actos abusivos a los altos funcionarios en lo ejecutivo y judicial”<sup>135</sup>.

k) Tal como consigna BRUZZONE, allí se señala que la confusión venía impuesta por las constituciones de 1819 y 1826, habiéndose tomado la regulación que del *impéachment* (sic) había realizado el Parlamento inglés; atribución por la cual juzgaba y condenaba aun a penas capitales a los ministros de la corona y a todo funcionario público, por delitos que emanasen del desempeño de las funciones que estaban encargados. Al organizarse gobiernos libres en Norteamérica, regidos por constituciones escritas y deslindando poderes, se redujo la competencia de la institución exclusivamente a los delitos que emanan del ejercicio de los empleos ejecutivos y judiciales, dejándose expedita la acción ante los tribunales ordinarios de las penas que se aclaraba que: “(...) el inglés posee una pablara legal *misdemeanor*, –mala conducta– que el español no tiene; y que los que adoptaron en 1819 á nuestras constituciones el juicio de *impéachment*, que tampoco tiene palabra equivalente, no sabiendo cómo traducirla de manera precisa, la omitieron; quitando con esa omisión á los funcionarios acusables toda

---

Universidad de Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, t. IV (1827-1862), ps. 705 y ss., o bien en el propio *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, acompañado de El Redactor y el Informe de la Comisión. Constitución Federal con las enmiendas y los convenios de 11 de Noviembre de 1859 y 6 de Junio de 1860*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1860.

<sup>133</sup> Conf. BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 183, con cita de RAVIGNANI, ob. cit., t. IV, ps. 519, 778 y 857 y siguientes.

<sup>134</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 778.

<sup>135</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 980, cit. por BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 183.



responsabilidad de su mal desempeño como jueces ò como Poder Ejecutivo, con lo que habían hecho ilusoria la responsabilidad de ambos poderes ante el Senado”<sup>136</sup>.

1) A lo expuesto se agrega “que encontrando *high crimes* entre los especificados, y no hallando bastante clara esta denominación, la perifrasearon en ‘crímenes que merezcan pena infamante ó de muerte’ dándole el carácter de crímenes ordinarios, cuando el *impeachment* solo se refiere á los crímenes de Estado, ó actos de empleo, que traigan daño a la República, por cuya razón los jueces que han de conocer de ellos deben ser hombres versados en la política y en la gestión de los intereses del país, ò los actos que constituyen mal desempeño de las funciones”<sup>137</sup>. De este modo, sobre la base de los cargos que podrían ser imputados se aclaraba, a efectos de prever un límite a la actuación abusiva de jueces y miembros del Poder Ejecutivo, que el instituto del juicio político sería burlado si sólo era establecido para el conocimiento de “crímenes que merezcan pena infamante ò de muerte” ya que la responsabilidad se reducía “á casos imposibles, ó de rarísima ocurrencia”<sup>138</sup>. Así, luego de reiterar que el error provenía de la “viciada” disposición contenida en la Constitución de 1819, y que sería otro incluir bajo juzgamiento por juicio político a los legisladores se sostiene que “los antiguos traductores” no comprendieron “el carácter y el objeto del juicio por *impeachment*, reducidos los altos crímenes, á crímenes que merezcan pena infamante ó de

<sup>136</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 981, también cit. por BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 184.

<sup>137</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 981 (cita textual), también cit. por BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, p. 184. Diego BOTANA también recuerda que el antecedente primigenio del texto del original art. 41 de la Constitución es el *impeachment* americano y efectúa la siguiente traducción del art. II, Sección Cuarta de la Constitución de los EE.UU.: “El Presidente, Vicepresidente y todos los funcionarios de los Estados Unidos, serán removidos de su cargo mediante juicio político [*impeachment*] y penados por, traición, cohecho, y por otros grandes crímenes y contravenciones” (en su idioma original: “The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors”). Indica al respecto que a partir de una traducción literal, la expresión *high crimes* no presenta discusión en cuanto significa “grandes crímenes” pero que la palabra *misdemeanor* tiene dos acepciones en el inglés: “1. mal comportamiento o una instancia de tal. 2. Derecho. Una ofensa criminal definida como menos seria que una felonía. Véase *Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language*, new revised edition. Gramercy Books. 1989”. En consecuencia aquél asume que la noción de “contravenciones” es la que hace referencia la constitución estadounidense, agregando que “grandes crímenes y contravenciones [*high crimes and misdemeanors*] (...) incluyen solamente ofensas que tanto implican subversión del orden constitucional o implican serios abusos de poder” y que “de la lectura de ambas cláusulas [la estadounidense y la argentina], se incorpora en el caso argentino la figura del ‘mal desempeño’, que no parece estar incluida en la cláusula americana. En efecto, la frase ‘*high crimes or misdemeanors*’, como vimos más arriba, no tiene la amplitud y vaguedad que posee la vernácula ‘mal desempeño’” (conf. BOTANA, Diego, *La Corte Suprema y el juicio político*, Rev. *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, “Suplemento Constitucional”, agosto de 2009, ps. 1 y ss.). Entre otros autores que le asignan al término *misdemeanor* la noción de contravención: LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit. p. 20.

<sup>138</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 982.

muerte”, insistiendo, luego, acerca de la diferenciación en el marco de consideraciones relativas a la titularidad para impulsar el juicio político<sup>139</sup>.

m) Para finalizar el tratamiento de esta disposición particular, corresponde aclarar que la doctrina constitucional argentina contemporánea, al analizar las causales de remoción por juicio político previstas por el artículo 53 de la Constitución no formula mayores reparos en punto a la distinción entre *crímenes* y *delitos*<sup>140</sup>. A modo de ejemplo de lo expuesto, GELLI señala que “al momento de sancionarse la norma que estableció como causal de destitución la comisión de crímenes comunes en 1860, éstos merecían mayor reproche penal que los delitos. No obstante, al haber desaparecido la distinción penal unos u otros constituyen motivo de remoción”<sup>141</sup>. Lo mismo, BIDART CAMPOS afirmaba que las causas de responsabilidad que hacen viable la acusación y la destitución en los términos del artículo 53 constitucional son tres: a) mal desempeño; b) delito en el ejercicio de sus funciones, y c) crímenes comunes, además de que las dos últimas implican la comisión de hechos que el Código Penal vigente (y a veces aun la propia Constitución: arts. 15, 22, 29, 36 y 119) tipifican genéricamente como delitos<sup>142</sup>.

Sin perjuicio de lo antes señalado, a partir de los antecedentes históricos puestos de manifiesto, se puede concluir con BRUZZONE que, en el contexto de la Constitución nacional, *crimen* no es igual a *delito*, aunque aquí habrá de discurrirse con algunas de las derivaciones que de tal aserto aquél efectúa, concretamente, en lo que respecta a los efectos que le atribuye frente a la institución del *juicio por jurados*.

En tal sentido, partiendo de la base de que “se debe definir cuáles son los crímenes para poder dar cumplimiento con el mandato constitucional” del jurado, el citado autor admite que esta cuestión “es independiente de la decisión del legislador común que podría extenderlo para la totalidad de los delitos o para algunos cuya penalidad no sea grave, pero que exista un

<sup>139</sup> RAVIGNANI, Emilio, ob. cit., t. IV, p. 982 y ss., cit. por BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, ps. 184 y siguientes.

<sup>140</sup> La Convención Nacional Constituyente de 1994 reformó mínimamente este artículo sin modificar el punto aquí debatido pues tan sólo eliminó la posibilidad de enjuiciar a los “demás tribunales inferiores de la Nación”, otorgando esta atribución al jurado de enjuiciamiento del Consejo de la Magistratura (art. 115), e incorporó como funcionario pasible de juicio político al jefe de gabinete de ministros.

<sup>141</sup> GELLI, María A., ob. cit., p. 458 y siguientes. Añade además esta autora que “de todas maneras una conducta delictiva, aunque no exista sentencia condenatoria firme, puede hacer procedente de la destitución por mal desempeño, o en el caso de los magistrados judiciales por mala conducta. Del mismo modo, si la acción penal ha prescrito ello no empece a la destitución que puede encuadrarse en el hecho delictivo o en la mala conducta” (p. 459).

<sup>142</sup> Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., t. III, ps. 192 y siguientes. Agrega el autor, en este sentido, que el “juzgamiento” de tales delitos por el procedimiento del art. 53, CN, “no se efectúa a título de punibilidad o castigo, sino solamente de separación del cargo. Y tanto que (...) el castigo ordinario de tipo penal se deriva, después de la destitución por el senado, a los tribunales judiciales de acuerdo con la ley” (p. 193).

marcado interés social en que los jurados los juzguen como, por ejemplo: los delitos que se deriven del ejercicio de la función pública”<sup>143</sup>. Por su parte, aclara que los delitos que no se pueden excluir son todos aquellos que tengan una importante penalidad, pues el imperativo constitucional alcanza a los *crímenes*, siendo estos definidos, en ese sentido a la relación a la gravedad de la pena que tienen prevista como consecuencia. A partir ello termina por concluir que la definición de “crimen” requiere de una disposición legal que cumpla la misma función que el citado fallo de la Corte estadounidense “Blanton”, que en este caso debería ser adoptada exclusivamente por el Congreso de la Nación “en el marco de la regulación del instituto”, más allá de entender –aunque con reservas– que la omisión legislativa facultaría a los jueces, nacionales y provinciales a dar curso a las peticiones que frente a estos casos realicen los acusados<sup>144</sup>.

A lo largo de esta investigación procurará demostrarse que las leyes destinadas a la efectiva implementación del *juicio por jurados* constituyen una facultad exclusiva de las provincias (y, por ende no delegada a la Nación), obligación que, de todos modos, también recae sobre el Estado federal aunque al sólo efecto de garantizar la aplicación de ese sistema por parte de la justicia nacional.

Formulada esta aclaración, si bien es cierto que la eventual definición legal del alcance del término *crimen* –utilizado por los convencionales constituyentes de 1853/1860 para referirse a los *delitos graves* a partir de un *criterio cuantitativo* basado en la penalidad–, en su caso correspondería al Congreso de la Nación, tal parámetro no podría ser sólo restringido a los términos del artículo 118, sino que también resultaría extensiva a los fines dispuestos en los artículos 15, 53 y 69 de la Constitución nacional. De lo contrario, dicha reglamentación obedecería únicamente a que el Congreso regulase pautas procesales extensivas a todas las provincias, lo que colisiona abiertamente con el espíritu federal de la Carta Magna nacional y, por ende, debe ser considerado inconstitucional<sup>145</sup>.

De todos modos, la determinación infra-constitucional de lo que constituye *crimen* no deviene indispensable, a los fines poner en práctica de manera inmediata el referido instituto

<sup>143</sup> BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, ps. 188 y siguientes.

<sup>144</sup> BRUZZONE, Gustavo A., “Mito...”, ps. 189 y siguientes. Con todo, BRUZZONE reconoce que “frente a nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, si los jueces comenzaran a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las disposiciones procesales correspondientes a la etapa de juicio hoy prevista en las leyes procesales estarían extendiendo sus facultades más allá de hacer operativo un derecho y se podría generar un colapso del servicio de administración de justicia que también debe ser evitado” (p. 190).

<sup>145</sup> Sobre la eventual potestad del Congreso para dictar leyes procesales a partir del mandato de juicio por jurados (e inclusive para regular este propio instituto), véase Capítulo V de la Segunda Parte.

procesal, pudiendo ser ponderada inclusive por el Máximo Tribunal que, a nivel federal, tiene la República, tal como se verificó en el caso estadounidense.

En este sentido, habiéndose constatado fehacientemente la correlación entre *crimen* y *delito grave*, no aparece irrazonable asignarle dicha noción de *gravedad* a aquellas infracciones penales que no admiten condenación condicional ni ningún otro beneficio que permita evitar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, esto es, utilizando el mismo parámetro planteado por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR para justificar el *arresto* de los legisladores por crímenes sorprendidos *in fraganti* en su ejecución<sup>146</sup> y, en cierta forma el sostenido por el juez Hendler en los antecedentes jurisprudenciales analizados en los que le tocara fallar.

Mas aún, cuando el Congreso pueda definir *qué es crimen* (por la misma razón se encuentra facultado a decidir *qué es delito*) –con todos los efectos que dicha decisión conlleva inclusive frente a otras mandas constitucionales– queda claro que tal prescripción, en los términos del artículo 118, derivaría en la conformación de un *piso* o *estándar* mínimo que las legislaturas (nacionales y provinciales), en su caso, deberían tener en cuenta, mas no obstando ello a que aquéllas pudiesen extender la aplicación del jurado a otros de *delitos* de menor gravedad, pues, como se adelantara, la reglamentación del *juicio por jurados* constituye una potestad que no han delegado al Gobierno federal.

## II. DELITOS CONSTITUCIONALIZADOS, DELITOS CONVENCIONALIZADOS Y DELITOS POLÍTICOS

Como ya se dejara entrever en el punto anterior, una serie de disposiciones constitucionales se refieren a delitos en particular cuya precisión corresponde a la Parte Especial del derecho penal, y, para el caso, constituye una potestad que le ha sido conferida al Congreso de la Nación<sup>147</sup>.

A tales cláusulas se las identifica como *delitos constitucionalizados* o figuras penales que han sido expresamente incluidas en el texto constitucional<sup>148</sup>, como los artículos 15,

<sup>146</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 194.

<sup>147</sup> La aclaración no es ociosa pues, como se analizará en Capítulo III de la Segunda Parte, la Constitución a su vez limita en ciertos supuestos la facultad legislativa penal del Congreso como, por ejemplo, para el dictado de leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la competencia federal (art. 32).

<sup>148</sup> Conf. ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 193, y SAGÜES, Néstor P., ob. cit., t. II., p. 364.

compraventa de personas<sup>149</sup>; 22, sedición<sup>150</sup>; 29, concesión de facultades omnímodas al Poder Ejecutivo Nacional y los gobernadores de provincias<sup>151</sup>; 36, atentados contra el orden constitucional<sup>152</sup>; 119, traición a la Patria<sup>153</sup>, y 127, toma de armas de una provincia contra otra, con invasión (art. 6º, CN) o sin ella<sup>154</sup>. Claro está que tales disposiciones, para cumplir con el mandato de legalidad del artículo 18 de la Constitución, lo mismo deben tener la consiguiente previsión en el ordenamiento penal infra-constitucional (Código Penal de la Nación), en donde se describe en forma adecuada la conducta prohibida y su consecuente sanción<sup>155</sup>.

Similares previsiones traen algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)<sup>156</sup>, como por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que

<sup>149</sup> Artículo 15, CN: “(...) *Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice*”. Sobre su tipificación en el Código Penal, véanse, por ejemplo, los arts. 140, 145 bis y siguientes.

<sup>150</sup> Artículo 22, CN: “*Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición*”. Véase, por ejemplo, el art. 230, incs. 1 y 2, Cód. Penal.

<sup>151</sup> Artículo 29, CN: “*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria*”. Véase, por ejemplo, art. 227, Cód. Penal.

<sup>152</sup> Artículo 36, CN: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos*”. Véanse, por ejemplo, arts. 226, 227 bis y ss., Cód. Penal.

<sup>153</sup> Artículo 119, CN: “*La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado*”. Véanse, por ejemplo, arts. 214 y 215, Cód. Penal.

<sup>154</sup> Artículo 127, CN: “*Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia (...). Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley*”. Véase, por ejemplo, art. 229, Cód. Penal.

<sup>155</sup> Sobre este tópico véase Capítulo II de la Primera Parte. Agrega SAGÜES que la Constitución también prevé la existencia de delitos en el ejercicio de ciertas funciones públicas (presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros, miembros de la Corte Suprema, jueces de los tribunales inferiores de la Nación) y de delitos comunes cometidos por éstos, en los arts. 53 y 115, “pero sin tipificarlos ni establecer su pena” (conf. SAGÜES, Néstor P., ob. cit., t. II, p. 367). Este último extremo tampoco se verifica acabadamente respecto de los llamados *delitos constitucionalizados*, pues, al menos el cuántum de la pena es dejado a consideración del legislador parlamentario, a quien, sin embargo, el constituyente histórico (1853/1860) le impidió aplicar la pena de muerte por causas políticas y toda especie de tormentos y azotes (conf. art. 18).

<sup>156</sup> Véase Capítulo II de la Primera Parte.



prevé esta última figura (art. 2º)<sup>157</sup> y otros actos relacionados con ella (art. 3º)<sup>158</sup>; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en cuanto determina los actos que deben ser considerados como “tortura” (art. 1º)<sup>159</sup> y obliga a los Estados Partes a castigar ese delito “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (art. 2º), o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>160</sup> que, precisamente, define los actos que constituyen una desaparición forzada de personas (art. 2º)<sup>161</sup>, establece que tales accionares deben ser considerados como *delitos* en cualquier Estado Parte (art. 4º) e impide que éstos sean considerados como “*delitos políticos*” a los efectos de la extradición (art. 5º).

Estas disposiciones constituyen *delitos convencionalizados* por estar expresamente previstos en textos supranacionales sobre derechos humanos a los que la República Argentina les ha asignado grado constitucional a través de la reforma constitucional de 1994, o bien mediante el procedimiento *ad hoc* estipulado en el inciso 22 del artículo 75 de la Ley Fundamental nacional<sup>162</sup>. Cabe aclarar de todas formas, que no es requisito la *jerarquización*

<sup>157</sup> Artículo 2º: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

<sup>158</sup> Artículo 3º: “Serán castigados los actos siguientes: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio”.

<sup>159</sup> Artículo 1º: “(...) se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

<sup>160</sup> A la que se le otorgara jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, CN, a través de la ley 24.820, sancionada el 30/4/97; promulgada el 26/5/97 (por aplicación del art. 80, CN) y publicada en el Boletín Oficial el 29/5/97.

<sup>161</sup> Artículo 2º: “(...) se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

<sup>162</sup> SAGÜES considera que los delitos cometidos contra el *derecho de gentes* también son *delitos constitucionalizados*, pues se encuentran previstos por el art. 118 de la Constitución, no obstante lo cual ésta no define sus tipos penales, ni su castigo. Agrega que “sin embargo, este precepto es importante, máxime teniendo en cuenta la época en que se dictó, ya que admite, constitucionalmente, la existencia de figuras criminales que lesionan a *todos los Estados*, ‘delitos contra la comunidad internacional’, al decir de Díaz Cisneros (delitos *iuris gentium*, según Lemkin), o, en términos más amplios, a *toda la humanidad*, y habilita para reprimirlos a la jurisdicción federal”. Concluye así este autor que el art. 118, CN, *permite*, por medio de una auténtica y provechosa *cláusula abierta*, reputar constitucional la penalización de esos tipos, e incluso *obliga* a incluirlos en

del tratado internacional al nivel de la Constitución o que éste, necesariamente, verse sobre cuestiones vinculadas con los derechos Humanos para que contenga figuras penales que, obviamente, lo mismo van a requerir de la pertinente aprobación del Congreso y su ajuste al sistema penal argentino para que cumplan debidamente con el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución<sup>163</sup>.

Finalmente, la Constitución nacional hace referencia a los *delitos políticos*, al declarar abolida *para siempre*, en su artículo 18, la pena de muerte por “*causas políticas*”<sup>164</sup>, más allá de que con esta expresión el constituyente pretendió alcanzar (y, por ende, exceptuar de la pena de muerte) un grado de conductas mayor a las que constituyen *delitos políticos* en sentido estricto<sup>165</sup>. Efectivamente la norma contiene un precedente inmediato, el decreto del Director Provisorio de la Confederación Justo José de Urquiza, del 7 de agosto de 1852, que proscribía la pena capital para los *delitos políticos*, pero exceptuaba de esa prohibición el caso de los *criminales* que hubiesen atacado con armas la seguridad pública o la autoridad de los gobiernos y cuerpos constituidos. La doctrina concuerda en que la regla constitucional tuvo por objeto una meta local –terminar con la *ley de la intolerancia* en la Argentina, después de tres décadas de sangrienta guerra civil– y un propósito ideológico: tratar de mejor modo a los *delitos políticos*, cuyos autores, teóricamente están animados por ideales altruistas y no personales (vgr., implantar un régimen mejor)<sup>166</sup>.

La calificación de un hecho como *delito político* –cometido de difícil precisión– tiene influencia decisiva en diversas situaciones jurídicas. Así, por ejemplo, la extradición no se concede para ese tipo de hechos (conf. art. 8º, inc. a, ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal), tampoco los mismos son tomados en cuenta a los fines de la reincidencia (art. 50, Cód. Penal) y, si bien la facultad de dictar amnistías generales (art. 75, inc. 20, CN) no se refiere sólo a *delitos políticos*, con esa limitación aquélla suele estar regulada en las constituciones provinciales y, en general, a delitos políticos se la ha aplicado casi exclusivamente<sup>167</sup>.

---

el catálogo de los delitos que debe reprimir la Nación, quedando a cargo del *derecho internacional* o *derecho de gentes* la confección de un listado de los hechos ilícitos sobre los cuales debe recaer el deber de la República Argentina de juzgar y sancionar, mientras que esta debe ocuparse comprenderlos en su legislación penal (conf. SAGÜES, Néstor P., ob. cit., t. II., ps. 366 y ss.). Sobre la interpretación que efectuara la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la citada cláusula constitucional (véase el punto II del Capítulo II de la Primera Parte).

<sup>163</sup> Sobre estas cuestiones véase el Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>164</sup> Recuérdese que el art. 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) también prohíbe aplicar la pena de muerte por *delitos políticos*, o *comunes* conexos con *políticos*.

<sup>165</sup> SAGÜES, Néstor P., ob. cit., t. II., p. 40.

<sup>166</sup> SAGÜES, Néstor P., ob. cit., t. II., p. 39.

<sup>167</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 306.

A su turno, los implicados en *delitos políticos y conexos*, ocurridos en un país extranjero, tienen un derecho *reforzado* a *entrar y permanecer* en el territorio argentino (*derecho de asilo* o de *refugio*) y de no ser extraditados hacia el Estado que lo reclama para ser enjuiciados penalmente<sup>168</sup>. En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 22, inc. 7, que: “*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales*”, mientras que el art. 16 del Tratado de Derecho Penal Internacional, suscripto en Montevideo en 1889<sup>169</sup>, rige que: “*El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido*”<sup>170</sup>.

Desde antaño, el Máximo Tribunal de la República ha declarado que la inviolabilidad de las personas comprometidas con delitos políticos constituye una “regla de justicia, de humanidad y de buena política que hace parte del derecho público nacional y que consagran las prácticas y tratados internacionales del mundo civilizado” y que una vez que aquéllas logran salir de los límites jurisdiccionales del país donde tales actos han sido llevados a cabo, los principios universalmente consagrados en el derecho internacional público colocan a sus autores “bajo la garantía moral del Estado sobre el territorio del cual se encuentran”<sup>171</sup>.

Con todo, ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos se ocupan de exceptuar los beneficios que otorga la categoría de “*delito político*” para determinadas acciones delictivas específicamente por ellos previstas. Así, por ejemplo, la ya aludida Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que, como se señalara, en su artículo 7° determina que el genocidio y demás actos relacionados a éste (art. 3°) no serán considerados como *delitos políticos* a los efectos de la extradición. Lo mismo, a nivel *infra-constitucional*, la citada Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal estipula, en su artículo 9°, que a sus efectos no se considerarán *delitos políticos*: a) los crímenes de guerra

<sup>168</sup> SAGÜÉS, Néstor P., ob. cit., t. II., p. 99.

<sup>169</sup> Aprobado por ley 3192, sancionada el 6/12/1894; promulgado el 11/12/1894, y publicado en el Registro Nacional, v. 1894, t. II, ps. 761 y 792.

<sup>170</sup> El art. 23 de este mismo texto legal regional determina: “*Tampoco dan mérito a la extradición, los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos. La clasificación de estos delitos se hará por la Nación requerida, con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado*”. A nivel local tal clasificación está dada por la referida ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal.

<sup>171</sup> CSJN, 23/4/1891, “Recurso de hábeas corpus interpuesto por los tripulantes sublevados del buque de guerra chileno ‘La Pilcomayo’ traídos á tierra en calidad de presos”, c. CXXV, Fallos, 43:321.

y los crímenes contra la humanidad; b) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de un jefe de Estado o de gobierno, o de un miembro de su familia; c) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de personal diplomático o de otras personas internacionalmente protegidas; d) los atentados contra la vida, la integridad corporal o la libertad de la población o del personal civil inocente no comprometido en la violencia generada por un conflicto armado; e) los delitos que atenten contra la seguridad de la aviación o la navegación civil o comercial; f) los actos de terrorismo, y g) los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar<sup>172</sup>.

Existen tres criterios para calificar un hecho como *delito político*: uno *objetivo*, otro *subjetivo* y el restante de tipo *mixto*. El criterio *objetivo* se basa en la naturaleza del bien jurídico contra el cual el hecho se dirigió, con lo que requiere que este “agreda directamente al orden gubernativo actualmente existente en una nación”<sup>173</sup>.

<sup>172</sup> CSJN, 18/4/06, “Crousillat Carreño, José F. s/ extradición”, *Fallos*, 329:1245. En este precedente, la Corte nacional sostuvo por mayoría, remitiendo al dictamen de la Procuración General, que si bien la caracterización de qué debe entenderse por delito político está lejos de ser clara, sí es claro que la ley 24.767 —cuyas normas sirven para interpretar el texto de los tratados, conforme su art. 2º—, establece ciertas limitaciones a esta categoría y entre ellas se encuentra la prevista en el inc. g del art. 9º, que establece que no se considerarán políticos los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar. Asimismo, en “Lariz Iriondo” (CSJN, 10/5/, *Fallos*, 328:1268), los jueces Zaffaroni y Maqueda aclararon que “no debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición. Es verdad que ciertos actos de esta naturaleza se han declarado extraditables desde mucho antes, pero por excluirlos de los beneficios del delito considerado político, lo que nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición. De cualquier manera, el mismo concepto de delito político, no sujeto a extradición y susceptible de asilo por razones humanitarias, tampoco fue nunca muy claro en el derecho internacional, dado que la calificación corresponde al Estado requerido ‘conforme a su política pública o a sus intereses políticos’ (confr. M. Cherif Bassiouni, *International Extradition United States Law and Practice*, Chapter VIII, febrero de 1983, VIII, 106). La diferencia entre delito político y terrorismo se intenta al menos desde la fórmula adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Ginebra de 1892 y su tipificación internacional es una aspiración constante desde esos años (al respecto, Vespasiano V. Pella, *La criminalidad colectiva de los Estados y el derecho penal del porvenir*, Madrid, 1931, ps. 353-354). El 9 de octubre de 1934, al desembarcar en Marsella el rey Alejandro de Yugoslavia, fue asesinado junto a Barthou, ministro del asuntos exteriores de Francia. Bajo la fuerte impresión de este drama se suscribió en 1937 una convención que fue la primera en prever un tribunal internacional, pero ni siquiera en ese trance se logró ponerla en vigencia. Todo esto demuestra que tampoco en cuanto a la extraditabilidad se había logrado imponer un concepto más o menos preciso en el derecho internacional consuetudinario, pese a la general aspiración y a las fracasadas tentativas de concretarlo, incluso por vía de convención. De cualquier manera, queda claro que es completamente diferente considerarlos delitos comunes (meramente extraditables) a considerarlos delitos de lesa humanidad (no sólo extraditables sino también imprescriptibles)” (conf. considerando 29 del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, quienes, por lo demás, adhirieron a los argumentos de la mayoría. considerandos 1º a 26).

<sup>173</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 307, con cita de Carrara.



Para la tesis *subjetiva* –que refleja el espíritu del texto constitucional, en cuanto consigna la expresión “*causas políticas*”– el carácter político de un hecho deriva fundamentalmente de la *motivación*<sup>174</sup> o, en términos de SOLER, “del móvil que ha guiado al sujeto”<sup>175</sup>. Finalmente la doctrina *mixta* exige ambas cosas: *lesión o peligro* de daño político y *objetivos políticos*<sup>176</sup>.

Ya en remotos antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede verificarse la referencia al “móvil político”<sup>177</sup> (tesis subjetiva), o al “fin esencialmente político”, mas también valorando la infracción al orden político<sup>178</sup> (tesis mixta).

Por su parte se discute si existe un único concepto de *delito político*, o si éste se desdobra entre uno propio del derecho público interno (definido subjetivamente, es decir, por la *motivación*) y otro internacional que sirva para negar la extradición y para conceder el asilo (vgr., a través de tentativas de limitación del concepto de *delito político*, al que se lo pretende distinguir con el denominado *delito social* que se orientaría sólo contra la estructura económica y social). Con todo se concluye que no existen dos conceptos de *delito político*, salvo que resulte limitado por los tratados internacionales y que su definición subjetiva (por la *motivación* o la culpabilidad) no implica que deba ser “un delincuente por conciencia, siendo suficiente un claro motivo político”<sup>179</sup>.

<sup>174</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., ps. 192 y 213.

<sup>175</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 307.

<sup>176</sup> SAGÜÉS, Néstor P., ob. cit., t. II, p. 99.

<sup>177</sup> Así, por ejemplo, el caso “Criminal contra Pedro P. Villarruel, por violación de correspondencia; sobre excarcelación y sobreseimiento”, (CSJN, 7/4/1891, c. CV, *Fallos*, 43:204). Allí se discutía la procedencia de una excarcelación concedida a un sujeto que se le imputaba “apertura y comunicación de cartas y comunicación de telegramas, de los que se tomaba también copias” que estaban dirigidas al Gobernador de Mendoza, siendo que no se había probado “grave daño a la causa pública” con motivo de la revelación del contenido de tal correspondencia, “ni que el hecho se efectuara por dinero”. Tales sucesos, por aplicación de los arts. 262, inc. 3, y 263, del Código Penal vigente para la época no eran pasibles de “pena corporal”, sino que preveían como sanción la “destitución del empleo”, con lo cual el Procurador General postuló la confirmación de la libertad provisoria bajo caución oportunamente concedida por el juez federal de Mendoza. La Corte entendió que existían antecedentes para juzgar que los delitos imputados a Villarruel, de haberse cometido, lo habían sido “en un pronunciamiento político”, y en tal sentido, aunque ellos envolviesen una infracción de derecho común “atenta su importancia, *debe entenderse aquella cubierta por el pensamiento político que ha sido su móvil*”. Consecuentemente, la Corte optó por sobreseer directamente en la causa, al entender aplicable al caso la ley de amnistía política y militar dictada por el Congreso Nacional el 30 de agosto de 1890 con motivo de la “Revolución del Parque” que culminara con la presidencia de Miguel Juárez Celman.

<sup>178</sup> CSJN, *Fallos*, 43:321 (*in re*: “*La Pilcomayo*”, cit.). Específicamente se valoró que los hechos imputados habían sido cometidos “con un fin esencialmente político y con el pensamiento sólo de prestar ayuda y cooperación al partido político levantado en armas y actualmente en guerra contra el Gobierno de su país [Chile]”.

<sup>179</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 213.



### III. DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y DEMÁS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Respecto de los *delitos de lesa humanidad* y los *crímenes contra la humanidad*, sobre los que habrá de volverse en las páginas que siguen al tratarse el ámbito de validez del *derecho penal sustantivo*<sup>180</sup>, aun cuando les son reconocidas consecuencias especiales, entre otras razones, por su *gravedad* (vgr., se determina su *imprescriptibilidad*), como se indicara, no constituyen un novel reconocimiento del *derecho penal material* vernáculo<sup>181</sup> al sistema de *tripartición* de las leyes penales sustantivas.

Para el derecho (penal) argentino tales infracciones no dejan de constituir *delitos* y la propia ley 26.200<sup>182</sup> de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>183</sup>, aprobado por ley 25.360<sup>184</sup> se ha encargado de aclarar este extremo: “*Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a ‘crímenes’ debe entenderse como ‘delitos’*” (conf., art. 2º, párr. 3º).

Crítico de su designación como *crímenes del derecho internacional*, Daniel PASTOR afirma que este extremo constituye una clara muestra de que (¡otra vez!) “estamos ante ideas obsoletas o pésimas traducciones [y que] inasible entre personas razonables es la idea de crimen ‘de lesa humanidad’”<sup>185</sup>.

Más allá de tales observaciones, lo cierto es que Estatuto de Roma y la ley de implementación local 26.200 regulan tanto el alcance como la penalidad prevista para tales infracciones que se limitan a los “*crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” (conf. art. 5.1 del Estatuto)<sup>186</sup>. Estas infracciones se

<sup>180</sup> Véase Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>181</sup> Podría argumentarse, en su caso, que este reconocimiento viene dado (nuevamente) por el *derecho constitucional* a partir de la jerarquía le otorga al *derecho internacional de los derechos Humanos* y, a partir de éste, al *derecho penal internacional*.

<sup>182</sup> Sancionada el 13/12/06; promulgada el 5/1/07 (por aplicación del art. 80, CN), y publicada en el Boletín Oficial (suplemento) el 23/1/07.

<sup>183</sup> Conf. ONU, Documento A/CONF. 183/9, aprobado el 17/7/98 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, enmendado por los *procès-verbaux* de 10/11/98; 12/7/99; 30/11/99; 8/5/00; 17/1/01, y 16/1/02. El Estatuto entró en vigor el 1º/7/02.

<sup>184</sup> Sancionada el 13/12/06; promulgada el 5/1/07 (por aplicación del art. 80, CN), y publicada en el Boletín Oficial (suplemento) el 23/1/07.

<sup>185</sup> PASTOR, Daniel R., “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, en AA.VV., *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Julio B. J. Maier y Gabriela Córdoba (compiladores), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 214, nota 50.

<sup>186</sup> Se señala, de todos modos, que el elemento de la *gravedad* constituye un límite a la jurisdicción penal internacional que reserva su intervención a los supuestos en donde la Corte Penal verifique (discrecionalmente, aunque con control del fiscal) un *crimen* de “gravedad suficiente” para ejercitar su jurisdicción (conf. EIROA,

circunscriben al *crimen de genocidio*; los *crímenes de guerra* y aludidos *crímenes de lesa humanidad*<sup>187</sup>.

Sobre estos últimos (los *delitos de lesa humanidad*), la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó su alcance en el fallo “René Jesús Derecho”<sup>188</sup> en donde, adhiriendo al dictamen del Procurador General de la Nación, remitió a aquellos actos contemplados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (concretamente al art. 7º<sup>189</sup>) aclarando que tales “*crímenes*” son los que “(...) no lesionan sólo a la víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad como conjunto. Esta es la característica que fundamenta, entre otras cosas, la jurisdicción universal de este tipo de crímenes. El autor comete un crimen contra toda la humanidad, no sólo contra su víctima directa. En ese sentido (...) el autor de un crimen de lesa humanidad, con su conducta, se rebela contra un estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto. Los tipos penales de los crímenes de lesa humanidad protegen sólo de manera secundaria los bienes jurídicos de personas individuales”.

En el mismo dictamen fiscal se consigna que para saber si se está frente a un delito de lesa humanidad en principio debe responderse a la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental (de persecución política). Así, según el Procurador (y la Corte), para distinguir un *delito de lesa humanidad* de uno *común*, en líneas generales deben verificarse los siguientes extremos:

Pablo D., *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y jurisdicción*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 107 y ss.).

<sup>187</sup> Conf. arts. 6º a 8º del Estatuto de Roma, y arts. 2º y 14 al 21, ley 26.200. El Estatuto de Roma, en su art. 5º, inc. 1, apart. d, también prevé el “*crimen de agresión*”, no obstante lo cual aclarara que la Corte Penal Internacional no ejercerá competencia por este delito hasta tanto los Estados Partes del Estatuto “defina[n] el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales [aquella] lo hará” (conf. arts. 5.2, 121 y 123). Además, según el art. 70 del Estatuto, la Corte es competente para entender respecto de delitos contra la administración de justicia de la propia Corte.

<sup>188</sup> CSJN, 11/7/07, Fallos, 330:3074.

<sup>189</sup> Dispone el art. 7.1. del Estatuto de Roma: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘*crimen de lesa humanidad*’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

a) aquél debe haber sido llevado a cabo como parte de un ataque que a su vez sea generalizado o sistemático (alternativamente), dirigido a una población civil; y

b) dicho ataque debe sido perpetrado de conformidad con la política de un Estado o de una organización.

A este respecto, los hechos tienen que estar conectados con alguna forma de política, en el sentido del término que significa las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado” no siendo necesario que esta política provenga de un gobierno central. Se excluyen así, de la categoría de delitos de lesa humanidad los actos aislados, no coordinados o aleatorios y si bien se admite que la política de persecución aludida no necesariamente tiene que ser la del Estado, se indica que “aun cuando la fuerza que impulsa la política de terror y/o persecución no sea la de un gobierno, debe verificarse el requisito de que al menos debe provenir de un grupo que tenga control sobre un territorio o pueda moverse libremente en él”<sup>190</sup>.

#### IV. LAS CONTRAVENCIONES

La pretérita discusión acerca de si el *derecho contravencional* es realmente *derecho penal*, o una suerte de *derecho administrativo sancionador* y si existen distinciones sustanciales (*cualitativas*) entre los delitos y las contravenciones en principio, aparece como una cuestión superada<sup>191</sup>.

Sin dudas, las contravenciones configuran una suerte de *derecho penal especial* que no integra el Código Penal de la Nación ni constituye una potestad legislativa nacional pues, como se analizará más adelante, son legisladas predominantemente por las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios y, por el gobierno federal, en materias exclusivamente federales<sup>192</sup>, “pero que en modo alguno se trata de derecho administrativo –y ni siquiera del confuso derecho penal administrativo– siendo, por ende, totalmente

<sup>190</sup> Sobre los *delitos de lesa humanidad*, y específicamente el *derecho penal internacional* y su ámbito de validez temporal y espacial, como se señalara, habrá de volverse en el Capítulo II de la Primera Parte.

<sup>191</sup> De otra opinión, considerando que dicha discusión no ha sido resuelta, constituyendo un verdadero problema: DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, t. I, p. 438. Un completa reseña de las distintas posturas frente al tema es desarrollada por SOLER (ob. cit., t. I, ps. 294 y ss.) y por LEVENE (h.) (ob. cit., ps. 22 y ss.). A favor de la *tesis administrativista* sostenida por James Goldschmidt, véase NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, ps. 21 y ss. En contra: ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., ps. 177 y ss., y LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., ps. 30 y siguientes.

<sup>192</sup> Véase Capítulo III de la Segunda Parte.

inconstitucional el juzgamiento de estas infracciones por autoridades administrativas”<sup>193</sup>. Ello por cuanto, entre el *delito* y la *contravención* no existe una diferencia *ontológica* o *cualitativa* sino meramente *cuantitativa*. La Corte suprema nacional ha señalado, en tal sentido, que: “La distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos”<sup>194</sup>.

La *contravención* reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos<sup>195</sup> ya que, en realidad, “constituyen diversas clases de un género común, el hecho ilícito, que se caracteriza por la sanción”<sup>196</sup>. Con todo, la pena contravencional no acarrea las mismas consecuencias que las del Código Penal: no se toma en cuenta para la reincidencia delictual<sup>197</sup>; no causa las mismas incapacidades, no interrumpe las prescripciones penales, etcétera.

Se trata entonces de un orden de menor gravedad y no de una menor gravedad en cada caso<sup>198</sup> ya que, inclusive, puede haber contravenciones más graves que ciertos delitos<sup>199</sup>. De este modo, no siempre la pena permite distinguir entre *delitos* y *contravenciones*, extremo que llevaba LEVENE (h.) a sostener, junto con SOLER, que “existe una dificultad insuperable para obtener una diferencia sustancial entre delito y contravención, por lo que debemos atenernos al criterio meramente externo y formal de las penas que se aplican a unos y a otros”<sup>200</sup>.

Dicho autor así concluía que la clasificación *a priori* de un hecho como *delito* o como *contravención*, es imposible, como también es imposible todo criterio rígido, “ya que en el

<sup>193</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 177.

<sup>194</sup> Fallos, 205:173. De otra idea, entre otros: NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, ps. 20 y siguientes.

<sup>195</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 298. En igual sentido, entre otros: LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., ps. 30 y siguientes. La Corte Suprema nacional, *in re: “Esio Bruno Címadamore”*, del el 19/11/41, Fallos, 191:245, también ha reconocido que la contravenciones constituyen “verdaderos pequeños delitos comunes”.

<sup>196</sup> LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., p. 37.

<sup>197</sup> Sin ingresar al análisis de los cuestionamientos que se formulan sobre su constitucionalidad, lo expuesto no obsta a la posibilidad de declaración de reincidencia en materia contravencional (reiteración contraventora). Así, por ejemplo, el art. 17 del Cód. Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1472) establece: “El/la condenado/a por sentencia firme que comete una nueva contravención que afecta o lesiona el mismo bien jurídico, dentro de los dos años de dictada aquella, es declarado/a reincidente y la nueva sanción que se le impone se agrava en un tercio. Se entiende que una nueva contravención afecta o lesiona el mismo bien jurídico cuando está contenida dentro del mismo capítulo”.

<sup>198</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., p. 180. Según CREUS, el *derecho penal contravencional* está previsto para aquellos “ataques a los bienes jurídicos [que] no aparecen como tan graves o tan peligrosos para ellos” (CREUS, Carlos, ob. cit., p. 20).

<sup>199</sup> LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., ps. 35 y ss.

<sup>200</sup> LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., p. 36. Véase también: SOLER, Sebastián, ob. cit., t. I, p. 296. Jurisprudencialmente, se ha señalado, asimismo, que: “El Código Contravencional protege en algunos casos bienes que son también objeto de protección por el Código Penal. Sin embargo, el grado de puesta en peligro o de lesión será menor en las contravenciones que en los delitos. Siempre que el hecho constituya un delito penal no será de aplicación el Código Contravencional” (CNCrim y Correc., Sala IV, 9/11/09, “B., D. E. s/lesiones”, causa 1732/09).

fondo es un problema de política criminal del Estado que se traduce en una cuestión de técnica legislativa, considerando como delito lo que hasta entonces fue contravención, o viceversa, según la gravedad o importancia que se le dé en un momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante”<sup>201</sup>.

En vista de esta conclusión no puede descartarse que la postura “administrativista” de las *contravenciones* reivindicada por NÚÑEZ, en realidad, obedeciera a una estrategia protectora de las facultades legislativas provinciales<sup>202</sup>. Es que para NÚÑEZ, adjudicar naturaleza penal a las contravenciones (y no administrativa) concibiéndolas como delitos de poca monta, “deja la facultad represiva policial de las provincias limitadas al residuo de lo que el Congreso deja libre”<sup>203</sup>, pues supone “asigna[r] a las provincias sólo un poder legislativo remanente y fluctuante, implica dejar librado al límite de las facultades legislativas penales reservadas por aquéllas (Constitución, arts. 104 y 105 [actuales 121 y 122]), al arbitrio del legislador nacional, el que, en un momento dado, podría, sin remedio alguno, aniquilar esas facultades reservadas, a pesar de ser inherentes, como poder de policía local, a la estructura institucional de la autonomía provincial”<sup>204</sup>.

Con todo, la tesis administrativista y demás criterios que encuentran diferencias *cualitativas* entre los *delitos* y las *contravenciones*, permiten que estas últimas –que inclusive pueden prever sanciones mayores que ciertos delitos “leves”– sean tratadas prescindiendo de los principios y garantías mínimas propios del sistema penal lo que conlleva a absurdos inconcebibles como el fallado por la Corte en el consabido caso “Mouviel”<sup>205</sup>, en donde se analizara la (in)validez de las *contravenciones* (edictos) sancionadas ¡por el Jefe de la Policía Federal!, a quien, dicho sea de paso, también se lo investía de potestad para juzgarlas<sup>206</sup>.

<sup>201</sup> LEVENE, Ricardo (h.), ob. cit., p. 37.

<sup>202</sup> En sentido similar al aquí planteado: ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, ob. cit., ps. 177 y siguientes.

<sup>203</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 27.

<sup>204</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, t. I, p. 18. Sobre la potestad de las provincias para legislar en materia penal y concretamente de contravenciones, se volverá en el Capítulo III de la Segunda Parte.

<sup>205</sup> CSJN, 17/5/57, “Mouviel, Raúl O. y otros”, *Fallos*, 237:636.

<sup>206</sup> Recuérdese que en este caso, la Corte entendió contrario al art. 18, CN, y al sistema de gobierno establecido por ella, el precepto del art. 7º, inc. a, del decr. 33.265/44, ratificado por la ley 13.930 (Estatuto de la PFA), que facultaba a la Policía Federal a emitir y aplicar edictos dentro de la competencia asignada por el art. 27 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal de la Nación (ley 2372). Se indicó que la atribución de dictar edictos para reprimir los actos no previstos por las leyes excedía la facultad simplemente “reglamentaria” del Poder Ejecutivo o de las reparticiones administrativas e importaba la de legislar en materia exclusivamente reservada al Congreso. Por su parte, el Máximo Tribunal subrayó que en el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución y que se basa en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco puede el Poder Ejecutivo, so pretexto de facultad reglamentaria, sustituirse al legislador y dictar, en rigor, la ley previa que requiere el art. 18 de la Constitución. Dictaminando en su *rol* de Procurador General de la Nación,